



Конвенция по охране и использованию
трансграничных водотоков и международных озер

Целевая группа по правовым и административным аспектам

*Взаимосвязь между
Конвенцией ЕЭК ООН по охране и использованию
трансграничных водотоков и международных озер 1992 года и
Конвенцией ООН о праве несудоходных видов использования
международных водотоков 1997 года*

*Доклад Целевой группы ЕЭК ООН по
правовым и административным аспектам*

Подготовлен профессором Аттилой Танзи, Италия

Женева, февраль 2000 года

СОДЕРЖАНИЕ

1. Вводные замечания

1.2. Предварительная оценка примерного совпадения предмета двух конвенций

2. Сравнительный анализ наиболее взаимосвязанных положений двух конвенций

2.1. Непосредственная сфера применения

2.1.1. *Подземные воды*

2.1.2. *Замкнутые подземные воды*

2.2. Основные принципы

2.2.1. *Обязательство предотвращения «трансграничного воздействия» / «значительного ущерба»*

2.2.2. *Вид ущерба и «порог значительности», охватываемые обязательством предотвращения*

2.2.3. *Режим правовых последствий наступления «трансграничного воздействия» / «значительного ущерба»*

2.2.3.1. *Компенсация*

2.2.3.1.1. *Компенсация и принцип «загрязнитель платит»*

2.2.3.1.2. *Компенсация и право на равный доступ к национальным средствам защиты*

2.2.3.2. *Вопросы ответственности государств*

2.3. Двустороннее и многостороннее сотрудничество

2.3.1. *Институциональное сотрудничество*

2.3.2. *Регулярный обмен данными и информацией*

2.3.3. *Ограничения обязательства обмена данными и информацией*

2.3.4. *Процедуры уведомления, касающиеся планируемых мер*

2.4. Урегулирование споров

3. Различия между двумя конвенциями с точки зрения разных источников международного права

3.1. С точки зрения права договоров

3.1.1. *Подход конструктивного толкования к взаимодополняющим нормам*

3.1.2. *Меры безопасности для взаимоисключающих норм*

3.1.2.1. *Взаимосвязь между двумя конвенциями *inter se**

3.1.3. *Взаимосвязь между двумя конвенциями и другими соглашениями о водотоке*

3.1.3.1. *Ранее заключенные соглашения*

3.1.3.2. *Будущие соглашения*

3.2. С точки зрения процесса обычного права: внедрение без ратификации

4. Заключительные замечания

1. Вводные замечания

Основной целью настоящего доклада является предоставление исходной информации по обсуждаемой теме, которая может служить обеспечением «консультативного обслуживания по правовым документам» в рамках Программной области 2 Плана работы на 1997-2000 годы, принятого на первом Совещании Сторон.

С этой целью был подготовлен настоящий доклад, направленный на удовлетворение существующих и потенциальных запросов, в особенности тех, которые поступают от стран с переходной экономикой, по следующим вопросам:

- a) целесообразность, с правовой точки зрения, в приобретении статуса стороны обеих Конвенций, касающаяся: в первую очередь, i) совместимости двух обсуждаемых соглашений *inter se*; на взаимодополняющей основе, ii) связи данных соглашений с ранее заключенными соглашениями о водотоке; iii) их связи с будущими соглашениями о водотоке;
- b) проблемы толкования во внедрении положений двух обсуждаемых соглашений, порождаемые теми же самыми вопросами.

Оценка совместимости и, как показано ниже, взаимодополняющий характер связи между двумя Конвенциями осуществляются с особым вниманием к их соответствующей сфере действия *ratione materiae*, а также *ratione personarum*. Эта оценка проводится в рамках как договорного, так и обычного права в целях формирования высшего признания практической руководящей ценности обоих соглашений, носящей двоякий характер. Так, их руководящая функция направлена, с одной стороны, на принятие национальных законодательных и/или административных мер в сфере использования, защиты и сохранения водотоков и, с другой стороны, на заключение новых соглашений о водотоке, касающихся отдельных международных водотоков.

Сравнительный анализ охватывает наиболее значимые материальные и процессуальные нормы двух Конвенций. В этом отношении особое внимание уделяется их соответствующим нормам, касающимся принципа справедливого использования и правила непричинения вреда, а также нормам, предусматривающим конкретное применение общего обязательства по сотрудничеству. Наконец, проводится краткое сравнение их соответствующих подходов к урегулированию споров с некоторым обсуждением общего характера этой функции в обеих Конвенциях в аспекте предотвращения споров.

Может показаться, что нижеследующий анализ более широко основывается на положениях Конвенции ООН 1997 года. Это может объясняться двумя причинами. Во-первых, предполагается, что государства-члены ЕЭК, и в частности те из них, которые являются Сторонами Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, также являющиеся конечными получателями настоящего доклада, более о ней осведомлены. Во-вторых, материалы *travaux préparatoires* Нью-йоркской конвенции 1997 года являются более обширными и подробными, а также более доступными.

1.2. Предварительная оценка примерного совпадения предмета двух конвенций

Знакомство с предметом рассматриваемых двух Конвенций достаточно указывает на их фундаментальное совпадение. Это подтверждается их соответствующими

названиями. А именно, *Конвенция ЕЭК ООН по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер*, подписанная в Хельсинки 17 марта 1992 года (далее «Конвенция ЕЭК ООН 1992 года»), и *Конвенция ООН о праве несудоходных видов использования международных водотоков*, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 21 мая 1997 года (далее «Конвенция ООН 1997 года»). При более внимательном исследовании можно выявить формулировки, наводящие на мысль о том, что в Конвенции ЕЭК ООН 1992 года основное внимание уделяется вопросам качества воды, в то время, как Конвенция ООН 1997 года больше касается проблем распределения воды¹. Тем не менее, было бы ошибочным полагать, что различия между двумя Конвенциями заключаются именно в этих акцентах. Помимо проводимого ниже более подробного анализа положений, касающихся сферы действия *ratione materiae* двух Конвенций, подтверждением этому является физическая взаимозависимость между вопросами количества воды и качества воды. Совершенно очевидно, что использование, ведущее к значительному сокращению стока воды в частях международного водотока, снижает способность водотока поглощать загрязнители.

Более того, следует отметить, что статья 1 (1) Конвенции ООН 1997 года, очерчивая сферу ее действия, ясно указывает, наряду с несудоходными видами использования, «меры защиты, сохранения и управления при таком использовании этих водотоков и их вод». Помимо того, что последние отдельно рассматриваются в Части IV (статьи 20-26) Конвенции ООН 1997 года, формулировка, использованная в статье 1 (1), позволяет поставить в один ряд положения, касающиеся количества воды с положениями о качестве воды. Такое приравнивание было своевременным, поскольку в то время, когда КМП приступила к изучению предмета, за более чем двадцать лет до фактического завершения своей работы, основное внимание в этой сфере уделялось справедливому распределению пресной воды, в то время как проблемы загрязнения актуализировались на более позднем этапе, что и отразилось на протяжении ряда лет в разработке Нью-Йоркской конвенции.

Таким образом, можно говорить о том, что статья 1 (1) Конвенции ООН 1997 года послужила основой структурной связи между основными принципами справедливого использования и непричинения ущерба (статьи 5-7), с одной стороны, и вопросами качества воды – которые также охватываются статьями 5-7 и далее конкретизируются в Части IV о защите, сохранении и управлении – с другой. Следовательно, положения, содержащиеся в этой части Конвенции, нельзя рассматривать как исключительно касающиеся вопросов загрязнения; напротив, их необходимо оценивать в аспекте охвата вопросов количества воды. Напротив, нормы о справедливом использовании и непричинении ущерба регулируют не только вопросы распределения воды, но и охватывают проблемы загрязнения.

Еще одно главное отличие между двумя рассматриваемыми соглашениями заключается, с одной стороны, в их подходе к основным принципам и, с другой стороны, к процессуальным нормам. Здесь, опять-таки, различие между двумя текстами проявляется скорее в акцентах и деталях, чем ведет к выводу о несовместимости. Как уже предвосхищалось и более четко проявится в ходе нижеследующего анализа, нет необходимости в поиске различий между двумя Конвенциями для того, чтобы доказать их взаимную совместимость.

¹ См. E. Gentizon-Gawronski, *Comparaison: Convention sur la Protection et l'Utilisation des Cours d'Eau Transfrontière et des Lacs Internationaux (1992) et Convention sur l'Utilisation des Cours d'Eau Internationaux, Normis Navigation (1997)*; внутренний доклад Регионального советника по окружающей среде, ЕЭК ООН (1998).

2. Сравнительный анализ наиболее взаимосвязанных положений двух конвенций

2.1. Непосредственная сфера применения

В целях проведения сравнительного анализа непосредственной сферы применения двух рассматриваемых соглашений, отдельное внимание в данном разделе уделяется определению терминов: «трансграничные воды», который содержится в статье 1 (l) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, и «международный водоток», который содержится в статье 2 (a) Конвенции ООН 1997 года. Данный анализ осуществляется в целях определения географических областей, находящихся в сфере действия Конвенций, в пределах которых осуществляется деятельность, способная послужить причиной трансграничного воздействия, а также областей, которые могут неблагоприятно затрагиваться деятельностью, осуществляемой за их пределами.

В статье 2 (a) Конвенции ООН 1997 года с помощью термина «водоток», означающего «систему поверхностных и грунтовых вод, составляющих в силу своей физической взаимосвязи единое целое и обычно имеющих общее окончание», определены гидрологическая и географическая сферы применения норм Конвенции. Такой подход может показаться ограничительным не только в сравнении с экосистемным подходом, принятым, как видно ниже, Конвенцией ЕЭК ООН 1992 года, но и в сравнении с концепцией водосборного бассейна, лежащей в основе работы по кодификации, проведенной в данной сфере Институтом международного права² и Ассоциацией международного права,³ а также последней конвенционной практикой в данной области.⁴

При более предметном рассмотрении толкование вышеизложенного определения, содержащегося в статье 2 (a) Конвенции ООН 1997 года, ведет к менее ограничительным результатам, которые могли бы приблизить последнюю к Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, и кажется приемлемым. Прежде всего, нет противоречия в том, что терминологический подход в отношении системы водотока, изложенный в статье 2 (a),

² Ср. статью 1 Резолюции, принятой по данной теме Институтом международного права на Зальцбургской сессии (49(2) *Annuaire de l'Institut de Droit International* 371 (1961)).

³ Статья II Хельсинкских правил 1966 года гласит: «Международный водосборный бассейн представляет собой географическую область, охватывающую два или более государств в пределах границ водораздела системы вод, включая поверхностные и подземные воды, имеющие общее окончание» (АМП, *Доклад о пятидесяти второй конференции (Хельсинки)* 485 (1966)). Поскольку приведенное выше положение посвящено определению понятия «водосборный бассейн», следует отметить, что если рассматривать непосредственную сферу применения основного принципа Хельсинкских правил 1966 года, а именно принципа справедливого использования, то статья IV правил ссылается на право «на разумное и справедливое участие в полезном использовании вод международного водосборного бассейна», а не на полезное использование водосборного бассейна самого по себе. Тем не менее, АМП в своих последующих усилиях в данной сфере, еще не завершенных, бесспорно следовала отстаиваемому ею подходу, который основывается на концепции водосборного бассейна, даже выходя за его рамки вплоть до практически комплексного экосистемного подхода. См., в частности, статью 1 резолюции о «Взаимосвязи международных водных ресурсов с другими природными ресурсами и элементами окружающей среды», принятой на Белградской конференции АМП в 1980 году.

⁴ См., среди других соответствующих недавних конвенционных положений, статью 1 Соглашения о плане действий по экологически рациональному управлению общей системой реки Замбези от 28 мая 1987 года, Ботсвана-Мозамбик-Танзания-Замбия-Зимбабве (27 I.L.M. 1109 (1988)); статьи 1 и 3 Соглашений по рекам Маас (Мёз) и Шельда от 26 апреля 1994 года, Бельгия-Франция-Нидерланды (34 I.L.M. 851 (1995)); статью 3 Конвенции по сотрудничеству в области охраны и устойчивого использования реки Дунай от 29 июня 1994 года, Австрия-Болгария-Хорватия-Германия-Венгрия-Молдова-Румыния-Словения-Украина (Multilateral Treaties, 994:49); статью 3 Соглашения о сотрудничестве по устойчивому развитию бассейна реки Меконг от 5 апреля 1995 года, Камбоджа-Лаос-Таиланд-Вьетнам (34 I.L.M. 864 (1995)); статью I Протокола о совместно используемых системах водотоков в регионе Сообщества развития стран Южной Африки (SADC) от 28 августа 1995 года (текст можно запросить у автора).

выходит далеко за рамки традиционного определения водотока, ограниченного основным руслом реки, поскольку охватывает «ряд различных компонентов, через которые происходит сток воды как на поверхности земли, так и под землей ... [включая] реки, озера, водоносные горизонты, ледники, водохранилища и каналы».⁵ Важнее то, что исходя из толкования термина «водоток» в контексте других соответствующих положений Конвенции ООН 1997 года, можно сделать вывод о том, что область водосборного бассейна вполне может находиться в сфере охвата ее норм,⁶ в том числе и с точки зрения экосистемного подхода к данной проблеме, что соответствует Конвенции ЕЭК ООН 1992 года.

С одной стороны, область водосборного бассейна может актуализироваться как область, в пределах которой осуществляется деятельность, причиняющая ущерб. Даже если принципы справедливого использования и непричинения ущерба, закрепленные в статьях 5, 6 и 7 Конвенции ООН 1997 года, вероятнее всего, относятся исключительно к использованию водотока без какого-либо упоминания деятельности, которая может осуществляться в пределах бассейна,⁷ текстуальная основа вышеизложенного предположения находится в ее части IV (статьи 20-26) о «защите, сохранении и управлении», на которую содержится ссылка в статье 5. В частности, статья 21 (2) предусматривает обязанность «предотвращать, сокращать и сохранять под контролем загрязнение международного водотока, которое может нанести значительный ущерб другим государствам водотока ...». Несмотря на то обстоятельство, что данное положение упоминает международный водоток как гидрологический объект, загрязнение которого следует предотвращать, без четкого упоминания географической области, составляющей водосборный бассейн, оно не ограничивает обязательство предотвращения только загрязнением, причиненным деятельностью, осуществляемой непосредственно на водотоке.⁸ Иными словами, деятельность, осуществляемая в водосборном бассейне, которая загрязняет международный водоток или изменяет его до такой степени, что он может причинить значительный ущерб другим прибрежным государствам, явно относится к сфере применения рассматриваемого обязательства предотвращения.⁹

⁵ Доклад Комиссии международного права о работе ее сорок шестой сессии, ООН Г.А.О.О. 49-я сессия, Доп. No. 10, Док. ООН A/49/10 (1994) [далее Доклад КМП 1994 года], С. 153.

⁶ Перед принятием рассматриваемой Конвенции Найджел Бэнкс помимо жалобы на то, что название темы, с просьбой об изучении которой Генеральная Ассамблея ООН обратилась к КМП, не упоминает международных водных бассейнов, а исключительно международные водотоки, указал, что «право водотоков, действительно, не составляет основу работы КМП, однако разные специальные докладчики старались обеспечить, чтобы концептуализация водотока КМП не была отделена от гидрографической и экологической реальности» (N. Bankes, *International Watercourse Law and Forests*, in *Global Forests and International Law* 144 (Canadian Council of International Law ed., 1996)). Критику на очевидно ограничительный подход КМП по данному вопросу см. D.M. McRae, *The International Law Commission: Codification and Progressive Development after Forty Years*, 25 Can. Y.B. Int'l L. 355 (1987) и D.D. Caron, *The Frog That Wouldn't Leap: The International Law Commission and Its Work on International Watercourses*, 3 Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y 269 (1992). Особую и четко выраженную трактовку отношения КМП к обсуждаемому вопросу, см. J.L. Wescoat, *Beyond the River Basin: The Changing Geography of International Water Problems and International Water Law*, 3 Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y 301 et seq. (1992).

⁷ Рассматриваемые три положения, соответственно, ограничивают сферу своего применения использованием водотока в следующих формулировках: «Государства водотока используют в пределах своей соответствующей территории международный водоток ...» (статья 5 (1)); «использование международного водотока справедливым и разумным образом по смыслу статьи 5 требует ...» (статья 6 (1)); «государства водотока при использовании международного водотока на своей территории ...» (статья 7 (1)).

⁸ Аналогичный подход применим к вводным положениям части IV, т.е. статье 20, которая гласит: «Государства водотока индивидуально и, при необходимости, совместно обеспечивают защиту и сохранение экосистемы международных водотоков».

⁹ См., A.Tanzi, *La Convenzione di New York sui corsi d'acqua internazionali*, 80 Rivista di Diritto Internazionale 66 (1997). Этот аргумент находит поддержку в представленном бывшим Специальным докладчиком Стивенем Маккаффри «аутентичном толковании» проектов правил КМП, которые в соответствующих

С другой стороны, можно утверждать, что использование международного водотока, наносящее ущерб водосборному бассейну прибрежного государства, относится к сфере применения Конвенции ООН 1997 года, в особенности обязательств защиты и предотвращения, закрепленных в части IV этой Конвенции. Это справедливо не только в подавляющем большинстве случаев, таких как загрязнение, при котором ущерб, причиненный водосборному бассейну, очевидно, является следствием ущерба, причиненного водотоку, но и в редких случаях, когда первый ущерб имеет место независимо от наличия последнего. В связи с этим, в статье 20 вводится концепция «экосистемы международного водотока», которая отсутствует в тексте общих принципов, изложенных в части II. Автор утверждает,¹⁰ что поскольку КМП отдала предпочтение термину «экосистема» как альтернативе термину «окружающая среда» с тем, чтобы исключить риск того, что последний «можно рассматривать как относящийся лишь к областям, расположенным вне водотока»,¹¹ можно сделать косвенный вывод о том, что обязательство защиты охватывает также земли.¹² В то же время, нельзя не отметить, что использование КМП термина «экосистема» вместо термина «окружающая среда», бесспорно, явилось отражением ограничительного подхода в отношении обязательства предотвращения, содержащегося в статье 20, которое является более широким, чем обязательство, закрепленное в статье 21, поскольку первое применяется независимо от наличия ущерба.

Что касается обязательства предотвращения в отношении ущерба, причиненного загрязнением, то широкий подход в толковании, изложенный выше, может быть легко сохранен, без необходимости рассмотрения контраргументов, поскольку статья 21 (2) четко закрепляет обязанность предотвращать, сокращать и сохранять под контролем «загрязнение международного водотока, которое может нанести значительный ущерб другим государствам водотока или их окружающей среде ...».

Среди международных соглашений, основанных на экосистемном подходе,¹³ на которые в процессе толкования можно сослаться на основании абзаца 9 Преамбулы

положениях для целей настоящего доклада не были изменены Рабочей группой. Говоря об отказе правительств принять формулировки, которые надлежащим образом включали бы концепцию водосборного бассейна в текст Конвенции, он показал сдвиг терминологической связи такого отказа, который, по сути, не оказал влияния на сохранение подхода, основанного на концепции водосборного бассейна, указав, что «решение было принято вопреки тому, что, как свидетельствуют принятые на данный момент статьи, из сферы охвата проекта практически невозможно полностью исключить виды деятельности на суше (кроме тех случаев, когда они не оказывали бы никакого воздействия, посредством международного водотока, на другое государство водотока)» и добавив, что «... проекты статей применялись бы, например, к ущербу, причиненному государству А предприятием, расположенным не на берегу международного водотока в государстве В, а на удалении от него, если бы предприятие осуществило сброс токсических отходов на землю, а отходы попали бы в водоток, в конечном счете причиняя ущерб государству А» (S. McCaffrey, *Seventh Report on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses*, U.N. Doc. A/CN.4/436 (1991), *reprinted in* [1991] 2(I) Y.I.L.C. 59).

¹⁰ A. Tanzi, *The UN Convention on International Watercourses as a Framework for the Avoidance and Settlement of Waterlaw Disputes*, 1 Leiden J. Int'l L. 448 (1998).

¹¹ Доклад КМП 1994 года С. 216 (выделено автором). КМП рассматривала термин «экосистема» как «экологическую систему, состоящую из живых и неживых элементов, которые взаимозависимы и взаимодействуют» (*там же и далее*).

¹² См. *обратное* на основании толкования текста статей 1 (1) и 2 (b)), A. Nollkaemper, *The Contribution of the International Law Commission to International Water Law: Does it Reverse the Flight from Substance?*, 27 Neth. Y.B. Int'l L. 39, 63 (1996).

¹³ Перечень таких инструментов, см., в частности J. Brunnde & S. J. Toope, *Environmental Security and Freshwater Resources: Ecosystem Regime Building*, 91 A.J.I.L. 50 et seq. (1997).

Конвенции ООН 1997 года¹⁴ в целях укрепления применения экосистемного подхода в отношении последней, особого упоминания заслуживает именно Конвенция ЕЭК ООН 1992 года, которая, кроме провозглашения содействия «применению экосистемного подхода» в качестве нормативной цели Конвенции,¹⁵ предусматривает ряд взаимосвязанных обязательств предотвращения «трансграничного воздействия», где

«Трансграничное воздействие» означает любые значительные вредные последствия, возникающие в результате изменения состояния трансграничных вод, вызываемого деятельностью человека, физический источник которой расположен полностью или частично в районе, находящемся под юрисдикцией той или иной Стороны, для окружающей среды в районе, находящемся под юрисдикцией другой Стороны...».¹⁶

Такая формулировка подтверждает тезис о том, что обе рассматриваемые Конвенции направлены на предотвращение: а) ущерба водам водотока, исходящего также от деятельности, которая может осуществляться вне непосредственного водотока, при условии установления взаимозависимости между экосистемой вод и экосистемой окружающей среды, которая в первую очередь затронута, или в пределах которой осуществлялась деятельность; и б) ущерба, причиненного использованием водотока, элементам окружающей среды иным, чем воды водотока.

В связи с этим следует отметить, что приведенная выше статья 1 (2) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года доходит до того, что уточняет, что:

«К числу таких последствий для окружающей среды относятся последствия для здоровья и безопасности человека, флоры, почвы, воздуха, вод, климата, ландшафта и исторических памятников или других материальных объектов или взаимодействие этих факторов; к их числу также относятся последствия для культурного наследия или социально-экономических условий, возникающие в результате изменения этих факторов».

2.1.1. Подземные воды

Включение подземных вод в содержание Конвенции ЕЭК ООН 1992 года не вызывает сомнений. Согласно ее статье 1 (1), касающейся определений, ««трансграничные воды» означают любые поверхностные или подземные воды, которые обозначают, пересекают границы между двумя или более государствами или расположены на таких границах».

Что касается Конвенции ООН 1997 года, то исходя из определения водотока как «системы поверхностных и грунтовых вод», содержащегося в статье 2 (а), можно

¹⁴ Он гласит: «ссылаясь также на существующие двусторонние и многосторонние соглашения, касающиеся несудоходных видов использования международных водотоков». Исходя из данной формулировки утверждается, что если положение данной Конвенции может иметь разные толкования, предпочтение следует отдавать тому из них, которое наиболее приближено к другим соглашениям, относящимся к тому же вопросу. Такой подход следует тем более использовать для целей настоящего доклада в аспекте функции толкования, которую выполняет Конвенция ЕЭК ООН 1992 года по отношению к Конвенции ООН 1997 года, поскольку какие-либо возможные сложности в толковании следует рассматривать с точки зрения Сторон Конвенции ЕЭК ООН 1992 года.

¹⁵ Для целей настоящего доклада соответствующие положения статьи 3 (1) о «Предотвращении, ограничении и сокращении» гласят: «Для предотвращения, ограничения и сокращения трансграничного воздействия Стороны разрабатывают, утверждают, осуществляют соответствующие правовые, административные, экономические, финансовые и технические меры и, по возможности, добиваются их совместимости для обеспечения, в частности: ... (i) поощрения устойчивого управления водными ресурсами, включая применение экосистемного подхода ...».

¹⁶ Там же, Статья 1 (2).

бесспорно сделать вывод о том, что сфера применения Конвенции охватывает подземные пласты, несущие воду.¹⁷ Такой системный подход, кажется, принимает должным образом во внимание взаимосвязи между поверхностными и подземными водами, в соответствии с целями, которым необходимо следовать для того, чтобы достичь комплексного и рационального управления ресурсами пресной воды согласно руководящим принципам, изложенным в Главе 18 «Повестки дня на XXI век».¹⁸

2.1.2. Замкнутые подземные воды

В то время, как, по-видимому, не вызывает сомнений, что Конвенция ЕЭК ООН 1992 года охватывает даже замкнутые подземные воды, менее ясна ситуация с Конвенцией ООН 1997 года.

В соответствии со статьей 2 (а) Конвенции ООН 1997 года подземным водам, для того, чтобы считаться охватываемыми Конвенцией, необходимо быть связанными с поверхностными водами так, чтобы составлять с ними «единое целое».¹⁹ Насколько исходя из строго текстуального толкования «замкнутые» подземные воды, даже если они пересекаются границами, считаются находящимися вне зоны досягаемости для норм Конвенции, настолько можно утверждать, что последнее не учитывает формирующееся общее понимание данного вопроса, направленное на непосредственно комплексное использование и управление всеми водными ресурсами.²⁰ Это было бы тем более прискорбным, памятуя возрастающую важность замкнутых подземных вод, вызванную растущим дефицитом воды на фоне растущих запросов на нее, а также принимая во внимание развитие научного и технического потенциала в области извлечения воды.

Как бы то ни было, на основе подготовительной работы по этой Конвенции можно сделать вывод о наличии некоторых неясных указаний на расширение сферы ее охвата с

¹⁷ О подземных водах в общем см. D. Caponera & D. Alhéritière, *Principles for International Groundwater Law*, in *International Groundwater Law* 25 (L. Teclaff & A. Utton eds., 1981); A. E. Utton, *The Development of International Groundwater Law*, 22 *Nat. Resources J.* 95 (1982); L. Teclaff, *Principles for Transboundary Groundwater Pollution Control*, 22 *Nat. Resources J.* 1064 (1982); J. Barberis, *Le régime juridique des eaux souterraines*, 33 *Annuaire Français de Droit International* 129 (1982); R.D.Hayton & A. Utton, *Transboundary Groundwaters: The Bellagio Draft Treaty*, 29 *Nat. Resources J.* 663 (1987).

¹⁸ Ее пункт 18.25.d. призывает «все страны ... принять организационные меры по обеспечению эффективного комплексного сбора, обработки, хранения, поиска и распространения среди пользователей информации о качестве и объеме имеющихся водных ресурсов на уровне водосборных бассейнов и водоносных горизонтов подземных вод». Более того, в пункте 18.39.a, она призывает их «определить те ресурсы поверхностных и подземных вод, которые можно было бы освоить для использования на устойчивой основе, и другие основные зависящие от воды ресурсы, которые могут быть освоены, и одновременно начать осуществление программ по охране, сохранению и рациональному использованию этих ресурсов на устойчивой основе». (Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию (Рио-де-Жанейро, 3-14 июня 1992 года), Док. ООН A/CONF.151/26, т. I (1992).

¹⁹ Как четко указано КМП в ее комментарии к проекту статьи 2(b), «из единства системы ... следует, что термин «водоток» не включает «замкнутые» грунтовые воды, т.е. воды, которые не связаны с какими-либо поверхностными водами» (Доклад КМП 1994 года С. 153).

²⁰ См., для обзора таких формирующихся тенденций, Р. Розенсток, *Второй доклад о праве несудоходных видов использования международных водотоков*, Док. ООН A/CN.4/462 (1994) С. 29-33. См., совсем недавно, в том же направлении израильско-палестинская Декларация принципов о временных мерах по самоуправлению, подписанная в Вашингтоне 13 сентября 1993 года (пункт I Приложения III), 32 *I.L.M.* 1525; и Промежуточное соглашение по Западному Берегу и Сектору Газа, подписанное в Вашингтоне 28 сентября 1995 года (статья 40 Приложения III), 36 *I.L.M.* 551 (1997). См. по этому вопросу К. P. Scanlan, *The International Law Commission's First Ten Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: Do They Adequately Address All the Major Issues of Water Usage in the Middle East?*, 19 *Fordham Int'l L. J.* 2224 (1996).

тем, чтобы включить замкнутые подземные воды. Действительно, КМП явно не включила рассмотрение замкнутых подземных вод в свои проекты статей 1994 года, однако, она, тем не менее, одобрила резолюцию, призывающую государства применять к таким водам те же принципы, что изложены в проектах статей.²¹ При этом не стоит делать каких-либо поспешных выводов об обратном на основе того, что Рабочая группа Шестого комитета Генеральной Ассамблеи ООН, созданная для разработки Конвенции ООН 1997 года, не воспроизвела еще раз рассматриваемую резолюцию. Последняя никогда Рабочей группой не отвергалась, и то, что по ней даже не была проведена надлежащая дискуссия, если скорее не косвенно,²² чем умышленно, было вызвано ограниченными временными рамками, установленными Шестым комитетом, оказавшими значительное воздействие на деятельность по разработке рассматриваемого текста.²³ Таким образом, можно сделать вывод о том, что резолюция КМП по данному вопросу в полной мере сохранила свое руководящее значение.

Более того, взаимодополняющее толкование по смыслу Конвенции ООН 1997 года по данному вопросу, которое соответствующим образом учитывает четкую позицию, содержащуюся по данному вопросу в Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, может служить поддержкой мнения о том, что материальные и процессуальные нормы Конвенции ООН 1997 года также применяются к замкнутым подземным водам.

²¹ Текст указанной Резолюции гласит:

«Комиссия международного права, завершив рассмотрение темы «Право несудоходных видов использования международных водотоков», рассмотрев в этом контексте грунтовые воды, которые связаны с каким-либо международным водотоком, признавая, что замкнутые грунтовые воды, являющиеся грунтовыми водами, не связанными с каким-либо международным водотоком, также представляют собой природное богатство, имеющее жизненно важное значение для поддержания жизненной функции, здоровья и целостности экосистем, признавая также необходимость продолжения усилий по разработке норм, касающихся трансграничных замкнутых грунтовых вод, учитывая свое мнение о том, что принципы, содержащиеся в ее проектах статей по праву несудоходных видов использования международных водотоков, могут применяться к трансграничным замкнутым грунтовыми водам;

1. рекомендует государствам, в случае необходимости, руководствоваться принципами, содержащимися в проектах статей по праву несудоходных видов использования международных водотоков, в деле регулирования трансграничных грунтовых вод;

2. рекомендует государствам рассмотреть вопрос о заключении соглашений с другим государством или государствами, в которых находятся трансграничные замкнутые грунтовые воды;

3. рекомендует также, чтобы в случае любого спора о трансграничных замкнутых грунтовых водах соответствующие государства рассматривали вопрос об урегулировании такого спора в соответствии с положениями, содержащимися в статье 33 проектов статей, или, по согласованию, любым иным образом».
(Доклад КМП 1994 года С. 251).

О данной резолюции см. K. Idris and M. Sinjela, *The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: The ILC's Draft Articles. An Overview*, 3 African Y. B. Int'l L. 183, 201-202 (1995); S. McCaffrey & R. Rosenstock, *The International Law Commission's Draft Articles on International Watercourses: An Overview and Commentary*, 5 Rev. Eur. Community and Int'l. Env'tl. L. 89, 93 (1996).

²² Из обсуждения стало понятно, что очень небольшое меньшинство делегаций высказывают возражения против комплексного определения международного водотока. В то время как предложение, высказанное турецкой делегацией, о том, чтобы удалить из рассматриваемого определения упоминание подземных вод (Док. ООН A/C.6/51/SR.23 С. 8) было отклонено, французская и швейцарская делегации высказали свою поддержку окончательно одобренному тексту, в то же время, высказав свое возражение против включения замкнутых подземных вод в определение водотока (*там же*, С. 9 и 11).

²³ Как сформулировал представитель Танзании в своем заявлении, поясняющем голосование его правительства по проекту резолюции A/51/L.72 о принятии рассматриваемой Конвенции, последняя в значительной мере является «результатом установленного конечного срока» (Док. ООН A/51/PV.99 С. 3).

2.2. Основные принципы

На первый взгляд, в Конвенции ООН 1997 года больше внимания, чем в Конвенции ЕЭК ООН 1992 года уделяется основным принципам, регламентирующим использование международных водотоков по сравнению с принципом сотрудничества. Такое ощущение может возникнуть при сравнительном прочтении отдельных положений двух Конвенций, закрепляющих общие принципы справедливого использования и непричинения ущерба. Тем не менее, это не следует рассматривать как указание на то, что для Конвенции ЕЭК ООН 1992 года в целом такие принципы не имеют настолько важного значения, как для Конвенции ООН 1997 года, как и не следует полагать, что между членами ЕЭК было меньше согласия в отношении их содержания, чем на всемирном уровне. При более тщательном изучении – в особенности сопоставляя общую картину двух текстов – можно прийти к совершенно иным выводам.

Статьи 5-7 Конвенции ООН 1997 года являются случайным результатом компромисса, достигнутого в ходе преимущественно символического и риторического обсуждения о том, имеет ли принцип справедливого использования приоритет над непричинением ущерба, или наоборот. Действительно, кажется, что горячая дискуссия в отношении двух принципов на КМП, а также в Нью-Йорке, была посвящена больше взаимосвязи между ними, как будто бы они были взаимно несовместимыми, чем их соответствующему нормативному содержанию. В Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, похоже, выбран противоположный подход.

Бесплодно утверждать, что статья 2 (1), открывающая «Общие положения» Конвенции ЕЭК ООН 1992 года общей формулировкой правила непричинения ущерба, предоставляет абсолютный приоритет этой норме. Она гласит: «Стороны принимают все соответствующие меры для предотвращения, ограничения и сокращения любого трансграничного воздействия». Также малопродуктивным было бы продолжать, что это далее подкрепляется формулировкой статьи 2 (2 (с)), или что, напротив, последняя ставит правило непричинения ущерба в подчинение принципу справедливого и разумного использования. Для целей настоящего доклада соответствующие положения статьи 2 (2 (с)) гласят:

«Стороны принимают, в частности, все соответствующие меры:

... для обеспечения использования трансграничных вод разумным и справедливым образом с особым учетом их трансграничного характера при осуществлении деятельности, которая оказывает или может оказывать трансграничное воздействие».

Предполагается, что приведенный выше подход в формулировке вместо того, чтобы поддерживать приоритет одной из двух основных норм над другой нормой, скорее подкрепляет идею одного сложного основного нормативного установления, в котором обе нормы составляют неотъемлемую его часть и являются абсолютно взаимосвязанными.

Это основное нормативное установление права водных ресурсов, по-видимому, было выражено в более сжатых и даже в более абстрактных терминах в положениях, касающихся «Общих положений» Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, чем в соответствующих положениях Конвенции ООН 1997 года. Однако это следует приветствовать при рассмотрении того обстоятельства, что Конвенция ЕЭК далее содержит изобилие руководящих принципов для принятия государствами индивидуально и адаптации непосредственно к отдельному водотоку совместно в сотрудничестве с их прибрежными государствами. Также следует отметить, что эти руководящие принципы являются более многочисленными и более подробными, чем содержащиеся в Нью-

йоркской конвенции, и дают более четкое наполнение рассматриваемым общим принципам. В отношении интегрирования двух принципов в одно нормативное установление, можно утверждать, что непосредственные руководящие принципы, направленные на предотвращение трансграничного воздействия, могут в полной мере служить для определения справедливого и разумного использования международного водотока. Исходя из изложенного, можно утверждать, что, как показано ниже, две рассматриваемые Конвенции дополняют друг друга.

2.2.1. Обязательство предотвращения «трансграничного воздействия» / «значительного ущерба»

В рамках обеих Конвенций правило непричинения ущерба закреплено в формулировках обязательства должной осмотрительности. Тем не менее, в то время как в статье 7 Конвенции ООН 1997 года не содержится явных подсказок для определения «всех надлежащих мер» по предотвращению, как показано в соответствующей части доклада, в Конвенции ЕЭК ООН 1992 года такие указания имеются. Это является одним из многих примеров того, как последняя Конвенция дополняет первую. Работа по подготовке Нью-Йоркской конвенции дает некоторые основания для такого подхода в толковании. Помимо размышлений о толковании, основанных в общем на абзаце 9 ее Преамбулы,²⁴ следует вспомнить, что КМП указала, что она вывела обязательство должной осмотрительности в отношении предотвращения «как объективный стандарт ... из договоров, регулирующих использование международных водотоков».²⁵ В то же время, Конвенция ЕЭК ООН 1992 года является единственным многосторонним соглашением, среди упомянутых Комиссией, предметом которой являются непосредственно международные водотоки. Ее особое значение для толкования в этом аспекте усиливается тем обстоятельством, что формулировка статьи 7 (1) Нью-Йоркской конвенции в значительной степени совпадает с формулировками, использованными в статье 2 (1) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года. Соответственно, можно утверждать, что предметное наполнение «всех надлежащих мер», подлежащих применению в конкретном случае, т.е. требования должной осмотрительности, которые лишь абстрактно заявлены в статье 7 (1) Конвенции ООН 1997 года, следует осуществлять в свете более конкретных руководящих принципов, содержащихся в Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, с особым учетом экостандартов, состоящих из «наилучшей имеющейся технологии»,²⁶ «наилучшей в экологическом отношении практики»,²⁷ а также «предварительной оценки воздействия на окружающую среду»²⁸ и «принципа принятия мер предосторожности».²⁹

²⁴ См. сноску 14 *выше*.

²⁵ См. Доклад КМП 1994 года, С. 182.

²⁶ См. статью 3 (1(f)), которая указывает «применение наилучшей имеющейся технологии» среди «соответствующих мер ... с целью сокращения поступления биогенных веществ из промышленных и коммунально-бытовых источников» в качестве конкретизации обязательства по предотвращению, ограничению и сокращению. См. также Приложение I «Определение термина «наилучшая имеющаяся технология»».

²⁷ См. статью 3 (1 (g)), которая предусматривает разработку и применение «соответствующих мер и наилучшей в экологическом отношении практики ... для сокращения поступления биогенных и опасных веществ из диффузных источников, в особенности в тех случаях, когда основным источником является сельское хозяйство». См. также Приложение II «Руководящие принципы для разработки наилучшей в экологическом отношении практики».

²⁸ См. в общем о требовании проведения «предварительной оценки воздействия на окружающую среду», рассматриваемом как способствующее принятию надлежащих мер по предотвращению, ограничению и сокращению трансграничного ущерба, Birnie & Boyle, *International Law and the Environment*, at 93 (1995); P.N. Okowa, *Procedural Obligations in International Environmental Agreements*, 67 *Brit. Yb. Int'l L.* 279-280, 332-330 (1996).

2.2.2. Вид ущерба и «порог значительности», охватываемые обязательством предотвращения

В свете размышлений, изложенных в начале настоящего доклада, о взаимосвязи между вопросами количества и качества воды, а также о неразделимости международного регулирования этих вопросов, концепция трансграничного воздействия или ущерба, находящаяся в сфере охвата двух Конвенций, может рассматриваться как охватывающая ущерб, нанесенный объемом стока воды, а также ущерб, вызванный загрязнением. Сфера охвата обязательства по предотвращению, с точки зрения распространения его на вопросы качества воды, четко прослеживается в определении «трансграничного воздействия», содержащегося в статье 1 (2) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года. К аналогичному выводу можно прийти и в отношении Конвенции ООН 1997 года путем толкования содержания ее статей 5 - 7 и части IV «защите, сохранении и управлении».

Что касается порогового значения недопустимого ущерба, то в обеих Конвенциях предполагается не настолько низкий, чтобы включать любую степень различимого ущерба, а только «значительный» по своей природе ущерб.³⁰ Вместе с тем, не следует забывать, что независимо от того, какое прилагательное используется для квалификации ущерба, находящегося в сфере охвата обязательства по предотвращению, оно окажет незначительную помощь в оценке *in concreto* точного характера и степени подлежащего предотвращению ущерба.³¹ Любое прилагательное по самой своей природе может носить лишь общий и абстрактный характер, в то время как указание конкретных требований, таких как процент допустимого загрязнения на кубический метр воды со списками разрешенных загрязнителей или четкие параметры допустимого отклонения в количестве воды, пропорциональные среднему стоку, существовавшему прежде, чем внедрен новый вид использования водотока, может оказаться неподходящим для многосторонних соглашений общего характера, таких как рассматриваемые соглашения. Сходные требования и параметры могут соответствовать гидрологическим, экономическим и социальным условиям одних водотоков и не подходить другим.

Как бы там ни было, сложно утверждать, что термин «значительный» не имеет отношения к оценке порогового значения приемлемого ущерба. Во-первых, он направлен на определение так называемого *правила de minimis*, которое, исходя из принципа

²⁹ См., в общем, о «принципе принятия мер предосторожности» T. Scovazzi, *Sul Principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente*, *Rivista di Diritto Internazionale* 699 (1992); Freestone, *The Precautionary Principle*, in Churchill & Freestone (eds.), *International Law and Global Climate Change* 21 (1991); Freestone and E. Hey, (eds.), *The Precautionary Principle and International Law* (1996). Об утверждении принципа принятия мер предосторожности как нормы общего обычного права см. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Law* (1994); P. Sands, *Principles of International Environmental Law* 212-213 (1995), and Cameron & Abouchar, *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, in Freestone & E. Hey, *The Precautionary Principle and International Law* 30-31 (1996). Гораздо более осторожную позицию занимают G. Handl, *Environmental Security and Global Change*, *Yb. Int'l Env. L.* 22-24 (1990) and by P. Bymie and A. Boyle, *supra*, note 28, at 98.

³⁰ См., в общем, по обсуждаемому вопросу K. Sachariew, *The Definition of Thresholds of Tolerance for Transboundary Environmental Injury Under International Law: Development and Present Status*, 37 *Neth. I. L.R.* 193 (1990); и A. Nollkaemper, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution: Between Discretion and Constraint* 35-39 (1993).

³¹ Большие сомнения в полезности применения прилагательных для квалификации порогового значения приемлемого ущерба высказывались K. Zemanek, *State Responsibility and Liability*, in W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (eds.), *Environmental Protection and International Law* 187 C. 196 (1991).

«добрососедства», предусматривает «обязанность» не обращать внимания на небольшие, незначительные неудобства».³² Вместе с тем, можно правомерно ожидать, что квалифицирующая функция обсуждаемого термина выходит за рамки указанного, поскольку определение приемлемого ущерба способствовало бы непосредственному применению обязательства по предотвращению в рамках обеих Конвенций. Исключительно в отношении Конвенции ООН 1997 года такое определение также было бы необходимо для применения правила непричинения ущерба с ретроспективной точки зрения, т.е. после нанесения ущерба. В этом случае непосредственная оценка «порога значительности» служила бы предварительным условием применения статьи 7 (2), а также общих норм, касающихся ответственности государств, в том случае, когда значительный ущерб был нанесен в результате нарушения обязательства должной осмотрительности по предотвращению, изложенной в статье 7 (1).

На основании работы по подготовке Нью-йоркской конвенции можно сделать вывод о том, что значительный ущерб имеет место там, где использование водотока пострадавшим государством «по-настоящему затруднено».³³ Кажется справедливым утверждение о том, что это выражение – в соответствии с которым предполагается «вредное воздействие некоторых последствий, например, на здоровье населения, промышленность, собственность, сельское хозяйство или окружающую среду в затрагиваемом государстве»³⁴ предоставляет такое руководство по данному вопросу, которое соответствует и дополняет принцип справедливого использования и факторы для его оценки, как предусмотрено в статьях 5 и 6 Конвенции ООН 1997 года.

В свете логического обоснования обеих Конвенций, направленных на содействие совместным усилиям прибрежных государств, дальнейшую конкретизацию «порога значительности» в отношении конкретного водотока следует осуществлять путем сотрудничества, а именно, путем заключения соглашений, закрепляющих более четкие параметры. В данном случае не следует забывать о том, что конечной целью определения «порога приемлемости» было бы предоставление руководства государствам в деле принятия, на внутригосударственном уровне, конкретных законодательных и административных мер по предотвращению, которые бы считались «соответствующими» на международном уровне. Иными словами, заинтересованные прибрежные государства совместно должны признать такие меры соответствующими.

Здесь Конвенция ЕЭК ООН 1992 года также может играть роль дополняющей Конвенцию ООН 1997 года. Так, помимо закрепления в статье 9 обязанности прибрежных государств заключать «соглашения или договоренности», предусматривающие учреждение совместных органов, различные задачи которых заключаются, в частности, в том, чтобы «разрабатывать единые целевые показатели и критерии качества воды», Конвенция ЕЭК ООН 1992 года в Приложении III содержит ряд руководств в этом отношении. Статья 21 (3) Нью-йоркской конвенции предусматривает обязанность:

³² E. Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of the Century*, 159 Recueil des Cours 194 (1978-I). J. Lammers, помимо утверждения о том, что «право соседских отношений или принцип добрососедства также включают обязанность терпимо относиться к до определенной степени вредным последствиям, причиненным деятельностью, осуществляемой в соседних государствах, которая сама по себе не является противоправной», приводит различные точки зрения, высказываемые в юридической литературе, в отношении четких границ содержания такой обязанности (Pollution of International Watercourses 568-569 (1984)).

³³ См. комментарий КМП к ее последней редакции проекта статьи 3, являющейся первым положением Конвенции, в котором используется термин «значительный», в Докладе КМП 1994 года, С. 160.

³⁴ Доклад КМП 1991 года, С. 52-53. См. также Доклад КМП 1994 года, С. 211, а также в отношении темы «международной ответственности», Доклад КМП 1998 года, С. 30.

«Проводить консультации в целях согласования взаимоприемлемых мер и методов предотвращения, сокращения и сохранения под контролем загрязнения международного водотока, таких, как:

- (a) установление совместных целевых показателей и критериев качества воды;
- (b) выработка средств и способов борьбы с загрязнением из точечных и неточечных источников;
- (c) составление перечней веществ, привнесение которых в воды международного водотока подлежит запрещению, ограничению, расследованию или наблюдению.»

Также можно утверждать, что определение целевых показателей и критериев качества воды в отношении конкретного водотока, безусловно, способствовало бы оценке соответствующего данному случаю «порога значительности». В то время как в рамках обеих Конвенций сотрудничество призвано играть основополагающую роль в данном направлении, Хельсинкская конвенция предоставляет более детальное руководство, которое может дополнить Конвенцию ООН 1997 года. Основные различия между двумя Конвенциями, касающиеся форм, в которых следует осуществлять сотрудничество, выходят за рамки данного вопроса и рассмотрены в соответствующей части доклада.³⁵

2.2.3. Режим правовых последствий наступления «трансграничного воздействия» / «значительного ущерба»

Вопрос права, регулирующего непростые ситуации, возникающие в процессе внедрения двух рассматриваемых соглашений, является одним из немногих, где Конвенция ООН 1997 года содержит больше нормативных указаний, чем Конвенция ЕЭК ООН 1992 года. По-видимому, это вызвано тем, что согласно логическому обоснованию последней, будучи намного более подробной в своих основных обязательствах, в особенности в отношении обязательного институционального сотрудничества, нормы, регулирующие правовые последствия непростых ситуаций, возникающих в ходе осуществления этих обязательств, должно быть, казались менее актуальными, если не контрпродуктивными с точки зрения политики нормотворчества. Желание разработчиков проекта Конвенции ЕЭК отложить данный вопрос – в принципе, не исключая его уместности – подтверждается ее статьей 7, в соответствии с которой: «Стороны оказывают поддержку соответствующим международным усилиям по выработке норм-критериев и процедур в области ответственности».

В то же время, отсутствие таких норм в Конвенции ЕЭК ООН 1992 года не следует рассматривать как основание для вывода о том, что она является примером тех Конвенций, в которых:

«молчание в отношении ответственности связано с нежеланием разработчиков проекта допустить, что принципы обычного права, касающиеся ответственности за нарушение договорных обязательств, могут применяться в отношении этих Конвенций».³⁶

Наше утверждение подкрепляется тем, что в текст Конвенции ЕЭК ООН 1992 года включено положение, т.е. статья 22, которое предусматривает – хоть и на факультативной

³⁵ См. подраздел 2.3 ниже.

³⁶ М. Koskenniemi, Peaceful Settlement of Environmental Disputes, in 61/62 Nordic Joun. Int'l Law 73 at 80 (1992/3).

основе – арбитражное и судебное урегулирование споров, возникающих в процессе применения или толкования этой Конвенции.

В отношении Конвенции ООН 1997 года, то обстоятельство, что она содержит больше формулировок, относящихся к последствиям нанесения ущерба, по-видимому, связано с тем, что в этой Конвенции, в отличие от Конвенции ЕЭК 1992 года, отсутствуют положения об обязательном институциональном сотрудничестве в целях предотвращения, ограничения и сокращения трансграничного воздействия. По существу, статья 7 (2) Конвенции ООН 1997 года подробно отвечает на вопрос о последствиях, связанных с нанесением ущерба, упоминая обязательство проведения консультаций. Вместе с тем, данное положение является косвенным основанием для дальнейших рассуждений, требующих некоторого осмысления в свете взаимодействия двух инструментов. Это, по-видимому, требуется ввиду того, что Конвенция ООН 1997 года может вполне рассматриваться в качестве рамок, в которых предпринимались «усилия по выработке норм-критериев и процедур в области ответственности», которым требуется поддержка Сторон Конвенции ЕЭК 1992 года в рамках ее приведенной выше статьи 7. Особенно на фоне этого положения Нью-йоркская конвенция может рассматриваться как играющая роль дополняющей в отношении общего нормативного установления Конвенции ЕЭК 1992 года.

Статья 7 (2) Конвенции ООН 1997 года гласит:

«В том случае, когда другому государству водотока все же наносится значительный ущерб, государство, которое своим использованием наносит такой ущерб, в отсутствие соглашения о таком использовании, принимает все надлежащие меры, с должным учетом положений статей 5 и 6, в консультации с потерпевшим государством, для ликвидации или уменьшения такого ущерба и, при необходимости, для обсуждения вопроса о компенсации».

Наиболее важным аспектом, на который указывает приведенное выше положение, является то, что использование, которое наносит значительный ущерб другому государству водотока, *само по себе* не является запрещенным, и, поэтому, не может служить источником международной ответственности за противоправное деяние, если только нельзя сказать, что причиненный ущерб вызван небрежным поведением со стороны государства происхождения.³⁷ Можно утверждать, что аналогичные рассуждения справедливы также в отношении Конвенции ЕЭК, поскольку обязательство по предотвращению в рамках статьи 2 (1) изложено в абсолютно аналогичных формулировках должной осмотрительности.

Приведенное выше положение Нью-йоркской конвенции связывает некоторые общие правовые последствия с нанесением ущерба, причиненного «осмотрительно и справедливо»,³⁸ который, если не принят государством происхождения, повлечет за собой совершение международно-противоправного деяния. На основании систематического прочтения статей 5, 6 и 7 Конвенции можно утверждать, что соблюдение обсуждаемых правовых последствий следует рассматривать как

³⁷ См. также McCaffrey, *The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: Prospects and Pitfalls*, in S.M.A Salman & L. Boisson de Chazournes (eds.), *International Watercourses. Enhancing Cooperation and Managing Conflict*, World Bank Technical Paper No. 4 at 22 (1998).

³⁸ Осмотрительность в использовании международного водотока для целей настоящего доклада рассматривается на том же основании, что и справедливый характер, исходя из обратного предположения о том, что «можно сказать, что трансграничный ущерб, являющийся результатом несоблюдения должной осмотрительности, со всей вероятностью также приводит к неспособности использовать ресурсы справедливо» (Brunnée & Toope, сноска 13 *выше*; также см. *там же* 64).

ретроспективный фактор для определения справедливого характера конкретного вида использования.

По существу, в статье 7 (2) Нью-Йоркской конвенции закреплено дополнительное обязательство должной осмотрительности, а именно, главное обязательство, вызываемое нанесением ущерба, несмотря на соблюдение требований должной осмотрительности в рамках пункта 1.³⁹ Важно отметить, что определяя цель нового обязательства должной осмотрительности, как «ликвидацию или уменьшение» нанесенного ущерба, это положение не оставляет причинившему ущерб государству выбора в отношении того, какому из двух вариантов поведения следовать. Обязательство принимать все надлежащие меры для уменьшения нанесенного ущерба применяется только после того, как ликвидацию ущерба осуществить не представилось возможным. В том случае, если это не было ясно исходя из обычного значения формулировки рассматриваемого положения, это было подробно представлено посредством пояснительного заявления, подготовленного Рабочей группой в Нью-Йорке, в соответствии с которым «в случае, если меры, предусмотренные статьей 7 (2), не ликвидируют ущерба, тогда такие меры, предусмотренные статьей 7 (2), принимаются для его уменьшения».⁴⁰

Статья 7 (2) также предусматривает, что меры для ликвидации или уменьшения ущерба принимаются «с должным учетом положений статей 5 и 6». Эта формулировка является результатом одного из наиболее жарких обсуждений во время дискуссии на Рабочей группе, поскольку считалось, что данный вопрос имеет важнейшее значение для *in abstracto* баланса между принципом справедливого использования и принципом непричинения ущерба. Приведенная выше формулировка была в итоге предложена взамен выражения «согласовано со статьями 5 и 6».⁴¹ Как бы это ни казалось проявлением придирчивости в процессе разработки текста, следует заметить, что если бы последняя формулировка была сохранена, она могла лишить положения статьи 7 (2) большей части их нормативного смысла. Она могла бы служить основанием для аргумента о том, что, если ущерб нанесен деятельностью, согласованной с наиболее строгими параметрами должной осмотрительности, закрепленными в пункте 1 и, следовательно, с требованиями статей 5 и 6, то после нанесения ущерба необходимость в дальнейшей осмотрительности отсутствует. Напротив, формулировка, которая была в итоге принята в Нью-Йорке, может служить основой технического задания для проведения консультаций между соответствующими государствами для достижения соглашения о мерах, которые могут отличаться от мер, требуемых с точки зрения предотвращения, и быть соответствующими для ликвидации или уменьшения ущерба.

Указанное выше в полной мере соответствует логическому обоснованию Конвенции ЕЭК ООН 1992 года в отношении ее обязательства «предотвращения, ограничения и сокращения любого трансграничного воздействия».⁴² Тем не менее, следует напомнить, что в рамках Конвенции ЕЭК, вопросы, вызванные нанесением ущерба, обычно подлежат урегулированию в рамках совместных органов. Таким образом, приведенные выше размышления, а также размышления, изложенные в следующих частях доклада, касающиеся последствий, юридически связанных с нанесением ущерба, могут служить дополняющим руководством для таких совместных

³⁹ Этот вывод вытекает из формулировки «все же», которая была предложена Председателем Рабочей группы на очень поздней стадии обсуждения (Док. ООН A/C.6/51/NUW/CRP. 94) по предложению Великобритании и Италии (записки автора).

⁴⁰ См. Док. ООН A/51/869, С. 5.

⁴¹ См. Tanzi, *The Completion of the Preparatory Work for the UN Convention on the Law of International Watercourses*, 21 Natural Resources Forum, at 241 (1997).

⁴² См. статью 2 (1).

институциональных рамок. Они также могут служить техническим заданием для двусторонних переговоров в тех случаях, когда компетенция совместных органов не распространяется на данную сферу, или когда сотрудничество в таких рамках больше не является жизнеспособным.

2.2.3.1. Компенсация

Поскольку компенсация является неотъемлемым элементом обязательства по репарации, возникающего из международного противоправного деяния, согласно статьи 7 (2) Конвенции ООН 1997 года, компенсация не применяется в качестве формы репарации за противоправную деятельность,⁴³ или в качестве предмета главного обязательства, автоматически вызываемого нанесением «правомерного» ущерба, как если бы рассматриваемое положение следовало подходу строгой ответственности.

Отличие компенсации в рамках обсуждаемого положения от концепции репарации в рамках общего режима ответственности государств заключается в том, что она не возникает из поведения, считающегося международно-противоправным. В то же время, компенсация в рамках этого положения, в отличие от режима строгой ответственности, не является предметом прямого обязательства. Фактически, в рамках статьи 7 (2) вопрос о компенсации возникает в связи со вспомогательным обязательством о проведении консультаций в целях уравнивания прав соответствующих государств.⁴⁴

Может показаться, что приведенные выше отличия отражают исключительно формальный подход или что они могут иметь исключительно теоретическое значение. Во-первых, приведенные выше концептуальные правовые рамки оказывают, как показано ниже, непосредственное влияние на определение фактического подлежащего согласованию объема компенсации. Более того, не следует недооценивать символическую важность, которую государства принципиально придают формулировкам международного права в процессе взаимодействия между ними.⁴⁵ С практической точки зрения это означает, что причинившее ущерб государство с большей легкостью

⁴³ По вопросу «международной ответственности» в своем комментарии к проекту статьи 5 об «ответственности», как метод работы сейчас временно не используется, указала, что «там, где государство осуществляет деятельность, которая может вызывать и фактически вызывает существенный трансграничный ущерб - даже если такая деятельность или ее последствия не являются противоправными - возникает вопрос о компенсации, и именно этот элемент главным образом и отражается в термине «международная ответственность». Далее уточнялось, что «вне сферы ответственности государств вопрос о репарации не возникает ... Однако компенсация или иное возмещение (например, изменение порядка осуществления деятельности в целях предотвращения или сведения к минимуму последующего ущерба) в принципе должны предоставляться. В противном случае государства смогут переложить на других расходы, связанные со своей деятельностью, вынудив третьи стороны без компенсации нести часть этих расходов, причем эти стороны не будут получать никакой выгоды от такой деятельности и не смогут контролировать возникновение, но будут страдать от существенного трансграничного ущерба». (Доклад КМП 1996 года, С. 266).

⁴⁴ См. в этом смысле комментарий КМП к проекту статьи 7 (2) в ее редакции 1994 года (Доклад КМП 1994 года, С. 186), в частности принимая во внимание, что последняя по этому вопросу лишь незначительно отличается от окончательного текста. Следуя тому же логическому обоснованию, концепция компенсации фигурирует также в статье 16 рассматриваемой Конвенции, согласно которой «в счет любого требования о компенсации, поступающего от уведомляемого государства, которое не представило ответа в течение срока, установленного согласно статье 13, могут быть зачтены расходы, понесенные уведомляющим государством в связи с действиями, предпринятыми после истечения срока представления ответа, которые не были бы предприняты, если бы уведомляемое государство в течение этого срока возразило».

⁴⁵ См., в частности, L. Henkin, *How Nations Behave* 52 (1997, 2nd ed.).

согласится на переговоры с объективным взглядом на компенсацию в пределах правовых рамок, изложенных в обсуждаемом положении, чем в отношении требования о полной компенсации в порядке ответственности государств или на основе строгой ответственности.

Формула, изложенная в статье 7 (2) Конвенции ООН 1997 года предоставляет сторонам потенциального или фактического спора в отношении водного права систему координат для достижения взаимоприемлемого урегулирования в отношении размера и даже характера компенсации, требуемой для уравнивания затрагиваемых прав. Это делается без насаждения заранее установленных жестких параметров, как это было бы в рамках режима ответственности государств.⁴⁶ Согласно режиму ответственности, отправной точкой в переговорах стал бы полный объем причиненного ущерба, хотя и необязательный далее в процессе рассмотрения.⁴⁷ В целом аналогичные результаты были бы достигнуты и путем применения подхода «строгой ответственности», с тем отягчающим фактором, что такие результаты были бы достигнуты даже без необходимости в установлении противоправности причинившей ущерб деятельности.⁴⁸

Рассматриваемая как средство уравнивания затрагиваемых прав компенсация могла бы также выступать ретроспективно как имеющий значение фактор для оценки справедливого характера конкретного вида использования. Это ясно прослеживается в Зальцбургских правилах Института международного права,⁴⁹ а также в статье V (2 (j)) Хельсинкских правил Ассоциации международного права, которая к числу факторов, относящихся к справедливому использованию, отнесла «целесообразность компенсации одному или более государств бассейна как средство урегулирования коллизии видов использования».⁵⁰ Это не только не изъято из текста Конвенции ООН 1997 года, поскольку перечень факторов для определения справедливого использования международного водотока в рамках статьи 6 не является исчерпывающим, но и в полной мере соответствует систематическому толкованию Конвенции в целом, направленному на

⁴⁶ Следует отметить, что упоминая положения, содержащиеся в Главе III проекта статей о «международной ответственности» 1996 года, статья 21 которых касалась «характера и объема компенсации или иного возмещения» и статья 22 «факторов для переговоров», направленных на достижение взаимоприемлемого определения характера и объема компенсации, Комиссия подчеркнула, что «они сформулированы гибко и не возлагают категоричных обязательств» (*там же*).

⁴⁷ См. статью 44 о «компенсации» проекта статей об ответственности государств, принятого в первом чтении КМП в 1996 году. (Доклад КМП 1996 года, С. 145).

⁴⁸ Комментируя проект статьи 5 о «международной ответственности», предварительно одобренной КМП в 1996 году, последняя отметила, что «применение нормы о строгой ответственности за абсолютно любые потери в связи с деятельностью, законно осуществляемой на территории государства или под его юрисдикцией или контролем, окажется трудным, если не невозможным. Разумеется, такая норма могла бы быть включена в какой-либо международный договор, однако это само по себе не показывает того, какой, помимо такого договора, могла бы быть норма общего международного права». Аналогично комментариям той же КМП в отношении исключения из сферы ответственности государств правовых последствий, связанных с возникновением трансграничного ущерба, причиненного законной деятельностью, она также заявила, что «в случаях возникновения существенного трансграничного ущерба, даже связанного с законной деятельностью, и даже если риск ущерба до его возникновения не был должным образом известен, тем не менее вопрос о компенсации или ином возмещении не следует исключать. Нет нормы, согласно которой пострадавшее государство должно покрывать все убытки». (Доклад КМП 1996 года, сноска 43 выше, С. 267).

⁴⁹ В то время как статья 3 Зальцбургских правил предусматривает, что различия между государствами водотока в отношении коллизии видов использования следует урегулировать «... на основе справедливости, принимая во внимание их соответствующие нужды, а также другие относящиеся к делу обстоятельства», статья 4 идет дальше и содержит указание о том, что для того, чтобы новый вид использования международного водотока был законным, государству необходимо передать затрагиваемым прибрежным государствам часть выгод от такого вида использования, опять же на основе справедливости «... а также адекватную компенсацию любых потерь или ущерба» (49 *Annuaire* 381, С. 382 (1961-11)).

⁵⁰ Доклад о пятьдесят второй конференции Ассоциации международного права, Хельсинки, 1966 (1967).

достижение справедливого распределения. В этом смысле Нью-Йоркская конвенция последовала подходу, который соответствует общему логическому обоснованию Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, который доходит до того, что предусматривает обязательное институциональное сотрудничество.

Если это так, даже с учетом того, что рассматриваемое положение, несомненно, действует ретроспективно по отношению к нанесению значительного ущерба, можно утверждать, что его четкая ссылка на вопрос компенсации может служить основанием для аргумента при толковании о том, что компенсацию можно также рассматривать под перспективным углом зрения в отношении нового вида использования. Это было бы применимо к ситуации, предусмотренной статьей 17 Нью-Йоркской конвенции, которая закрепляет обязательство вступать в консультации и переговоры в том случае, если государство считает, что «осуществление планируемых мер будет несовместимым с положениями статей 5 или 7». Это было бы также применимо к ситуации, схожей с той, которая предусмотрена статьей 11, т.е., когда консультации или переговоры могут проводиться просто о «возможных последствиях планируемых мер для состояния международного водотока». Даже более того, это было бы применимо к функциям совместных органов, подлежащих учреждению в рамках статьи 9 (2) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года.

Такой подход предварительной компенсации⁵¹ находит подтверждение в международной практике. В качестве примера можно, среди прочего, вспомнить Соглашение по реке Колумбия 1961 года, предусматривающее распределение выгод между сторонами, включая возмещение в натуре, подлежащее уплате заблаговременно, за затопление территорий в Канаде.⁵² Данный пример приводит к мысли о том, что особенно в случаях, касающихся использования международных водотоков, компенсация не обязательно должна носить финансовый характер.⁵³ Таким образом, концепция компенсации переплетается с концепцией справедливого распределения выгод, следовательно, устанавливая дальнейшую связь между применением правила непричинения ущерба и принципами справедливого использования и участия. В этом отношении кажется уместным вспомнить дело *Donauversinkung*, в котором суд указал:

«Интересы соответствующих государств должны оцениваться справедливым образом и с учетом каждого из них. Следует учесть не только абсолютный ущерб, причиненный соседнему государству, но и также связь выгоды, полученной одним, с ущербом, причиненным другому»⁵⁴

⁵¹ Приведенная выше конструкция авторитетно подтверждается толкованием принципа непричинения ущерба, которое предложил профессор Хименес де Аречага, в соответствии с которым «еще одним аспектом этого принципа является обязанность предотвратить ущерб и согласовать адекватные меры прежде, чем ущерб нанесен» (сноска 32 *выше*, С. 195).

⁵² Там же.

⁵³ W. Bush, *Compensation and the Utilization of International River and Lakes: The Role of Compensation in the Event of Permanent Injury to Existing Uses of Water*, in R. Zacklin & L. Caflish (Eds.), *The Legal Regime of International Rivers and Lakes* 309 (1981).

⁵⁴ *Donauversinkung Case (Wurttemberg and Prussia v. Baden, 1927)*, Annual Digest of Public International Law Cases 131 (1927-1928). КМП в своем комментарии к статье 7 (2) в редакции 1994 года указала, что в процессе консультаций между соответствующими государствами следует принимать во внимание «такие факторы, как степень, в какой такие изменения являются экономически разумными, степень, в какой пострадавшее государство будет также получать выгоду от данного вида деятельности такую, как доля вырабатываемой гидроэлектроэнергии, борьба с наводнениями, улучшенное судоходство и т.д.», добавив, что «в этой связи выплата компенсации четко признается в качестве средства уравнивания прав в надлежащих случаях» (Доклад КМП 1994 года, С. 186 (сноски опущены). См. также конвенционную практику об этом, на которую ссылалась Комиссия (*там же* сноска 148).

Согласно данному обоснованию, в таких ситуациях, как те, что рассмотрены в статье 7 (2), а именно, при которых ущерб наносится видами деятельности, которые до их осуществления казались в противном случае справедливыми и разумными, а также соответствующими наиболее строгим требованиям должной осмотрительности, если бы «осмотрительное причинившее ущерб государство» отклонило любые требования о компенсации, даже в форме распределения выгод в натуре, его вполне можно было бы привлечь к ответственности за противоправную деятельность. В этом случае, можно было бы утверждать, что один из составляющих факторов справедливого использования отсутствует *ex post facto*.

Следуя такому же логическому обоснованию, можно утверждать, что государство, воздержавшееся от реализации определенного проекта, в противном случае справедливого и разумного, по просьбе прибрежного государства на основании того, что он мог бы нанести существенный ущерб, имеет право инициировать проведение консультаций и переговоров о компенсации. Последнюю следовало бы определять на основе баланса между потерей потенциальных выгод для воздержавшегося государства, с одной стороны, и соответствующим потенциальным ущербом, который мог быть нанесен прибрежному государству нереализованным проектом, с другой стороны.⁵⁵

2.2.3.1.1. Компенсация и принцип «загрязнитель платит»

Концепция компенсации, упомянутая в статье 7 (2) Конвенции ООН 1997 года, необязательно ограничивается взаимодействием в системе «государство-государство». Напротив, эти отношения находятся в области, где международное публичное право переплетается с внутригосударственными порядками. Фактически, деятельность, склонная нанести трансграничный ущерб, преимущественно осуществляется частными операторами. Было бы совершенно уместно в процессе межгосударственных переговоров учесть, в качестве одного из факторов, способствующих справедливому урегулированию конкретной ситуации, оплату компенсации непосредственным жертвам причиненного ущерба операторами нанесшей ущерб деятельности. Само по себе это было бы способом реализации на внутригосударственном уровне политики справедливого распределения бремени расходов на предотвращение и ответственности, как это закреплено на международном уровне.

Приведенный выше аргумент тесно взаимосвязан с принципом «загрязнитель платит».⁵⁶ В отношении Принципа 16 Декларации Рио 1992 года, который гласит, что

⁵⁵ Это соответствует логическому обоснованию включения КМП в рамках более широкой темы «международная ответственность» «степени, в которой государства происхождения и, в соответствующих случаях, государства, которые могут быть затронуты, готовы покрывать часть затрат на предотвращение» как один из факторов, связанных с установлением справедливого баланса интересов. См. проект статьи 12 (d), принятой в первом чтении в 1998 году, Доклад КМП 1998 года С. 52-53. См. также комментарий к данной статье *там же* 54.

⁵⁶ См. Рекомендация ОЭСР С(72) 128 от 26 мая 1972 года, Приложение, пункт А.а4, в ОЭСР и Окружающая среда 24 (1986). Кодекс поведения при аварийном загрязнении трансграничных внутренних вод ЕЭК 1990 года предусматривает, что «прибрежным государствам следует осуществлять в рамках своего национального законодательства основной принцип, согласно которому ответственность за загрязнение возлагается на его виновника», далее конкретизируя, что «в соответствии с принципом «платит виновник загрязнения»... странам следует сотрудничать в осуществлении и дальнейшей разработке надлежащих правил и практических процедур, обеспечивающих возмещение ущерба жертвам аварийного загрязнения трансграничных внутренних вод и осуществление необходимых восстановительных мер» (Док. ООН E/ЕСЕ/1125, разделы II (3) и XV (3), С. 5 и 20, соответственно). См. также Европейскую конвенцию о гражданской ответственности за ущерб, причиненный деятельностью, представляющей опасность для окружающей среды 1993 года. В отношении вклада юридической литературы, см. S.E. Gaines, *The Polluter-*

«национальные власти должны стремиться содействовать интернализации экологических издержек и использованию экономических средств, принимая во внимание подход, согласно которому загрязнитель должен, в принципе, покрывать издержки, связанные с загрязнением ...», к числу таких издержек вполне можно отнести компенсацию жертвам нанесенного ущерба.⁵⁷ Можно вспомнить, что спор, возникший в 1986 году между Германией и Швейцарией по поводу загрязнения Рейна фирмой «Сандоз», хотя изначально швейцарское правительство и признало международную ответственность за нарушение обязательства должной осмотрительности по предотвращению наступления аварии, оба правительства в итоге сочли удовлетворительно урегулированным ввиду того, что фирма «Сандоз» выплатила компенсацию непосредственно жертвам.⁵⁸ Согласно принципу «загрязнитель платит», определение размера компенсации, подлежащей выплате частными операторами, находится вне сферы охвата обязательства по предотвращению, содержащегося в Конвенции ООН 1997 года.⁵⁹ Тем не менее, фактический размер компенсации, выплаченной частными операторами в каждом конкретном случае, может иметь значение для оценки того, требуется ли компенсация от государства происхождения и если да, то в каком размере. Достаточно отметить, что тенденция развития принципа «загрязнитель платит» указывает в направлении строгой ответственности.⁶⁰ Можно вспомнить, что Преамбула Европейской конвенции о гражданской ответственности за ущерб, причиненный деятельностью, представляющей опасность для окружающей среды 1993 года выражает «... желательность установления строгой ответственности в этой сфере, принимая во внимание принцип «загрязнитель платит»», в то время как статья 1 закрепляет целью Конвенции «... обеспечение адекватной компенсации за ущерб, причиненный деятельностью, представляющей опасность для окружающей среды».

В этой связи, доступ к судебным и иным процедурам и, следовательно, право обращаться с требованием о компенсации, которым государство происхождения может наделить жертв нанесенного трансграничного ущерба⁶¹, является средством фактического внедрения принципа «загрязнитель платит» в том случае, когда компенсация не выплачена операторами добровольно, или когда отсутствует соглашение между последними и жертвами в сопредельном государстве в отношении размера подлежащей выплате компенсации.

Конвенция ООН 1997 года косвенно касается этого вопроса способом, который, по-видимому, дополняет Конвенцию ЕЭК ООН, особенно положения ее статьи 7 и отсутствие в данной Конвенции каких-либо четких формулировок в этом отношении. Этому аспекту кратко уделяется внимание в следующем разделе.

Pays Principle. From Economic Equity to Environmental Ethos, Texas Journ. Int' l L. 463 (1991); A. Boyle, *Making the Polluter Pays? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs*, in Francioni & Scovazzi (Eds.), *International Responsibility for Environmental Harm* 363 (1991); Smets, *Le principe polluer-payer, un principe économique erigé en principe de droit de l'environnement?*, *Revue Gdnrale de Droit International* 340 (1993); см. там же, ниже, сноска 57.

⁵⁷ См. Smets, *The polluter Pay Principle in the Early 1990s*, in Campiglio, Pineschi, Siniscalco & Treves (eds.), *The Environment after Rio. International Law and Economics* 134 et seq. (1994).

⁵⁸ A. Kiss, "Tchernobale" ou la Pollution Accidentelle du Rhin par les produits chimiques, 33 *Annuaire Français de Droit Int'l* 719 (1987).

⁵⁹ Глубокое исследование прецедентного права, договорной и дипломатической практики по данному вопросу, см. *Обзор режимов ответственности, относящихся к теме «Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом»*, подготовленный Секретариатом ООН, Док. ООН A/CN.4/471 (1995).

⁶⁰ См. сноски 56 и 57 выше.

⁶¹ См. в общем van Hoogstraten, P.M. Dupuy and Smets, *Equal Right of Access: Transfrontier Pollution*, 2 *Environmental Policy and Law* 77 (1976).

2.2.3.1.2. Компенсация и право на равный доступ к национальным средствам защиты

Статья 32 Конвенции ООН 1997 года предусматривает обязательство недискриминации в предоставлении доступа к национальным средствам защиты между истцами, являющимися гражданами данной страны и иностранцами, а также между истцами, которым был причинен ущерб на территории государства происхождения, и теми, кому был нанесен ущерб за ее пределами. Это положение касается данного вопроса лишь косвенно, поскольку оно не затрагивает фундаментального права на возмещение жертвам, являющимся гражданами данной страны или иностранцами, нанесенного использованием международного водотока экологического ущерба. Оно всего лишь устанавливает процессуальное право в пользу иностранных истцов, основанное на принципе национального режима. С точки зрения договорного права, как только Нью-Йоркская конвенция вступит в силу, инкорпорация ее норм в правовую систему государства, являющегося Стороной Конвенции, предполагает автоматическое приведение в соответствие последнего с предоставлением процессуального права, которое частным истцам можно было бы непосредственно применять.

Важно отметить, что правило недискриминации в рамках статьи 32 Конвенции ООН 1997 года не применяется исключительно ретроспективно в отношении наступления ущерба, но также и во благо тех физических и юридических лиц, которые «подвергаются серьезной угрозе понести значительный трансграничный ущерб». Это предоставляло бы потенциальным иностранным жертвам трансграничного ущерба, возникающего из планируемого вида использования международного водотока, возможность участвовать в законодательном и/или административном процессе по предотвращению не в меньшей мере, чем гражданам или резидентам соответствующего государства. Можно вспомнить, что в рекомендации по обсуждаемому вопросу, принятой ОЭСР в 1976 году, отмечалось, что:

«применение принципа [равного права доступа] приводит, в частности, к ситуации, когда двое «потерпевших» от одного и того же трансграничного загрязнения, находящиеся на противоположных сторонах общей границы, имеют одинаковую возможность выразить свое мнение или защитить свои интересы как на этапе принятия предупредительных мер до возникновения загрязнения, так и на этапе ликвидации последствий нанесенного ущерба. «Потерпевшие», являющиеся гражданами страны и иностранцами, могут, таким образом, принимать участие на равном основании в проводимых расследованиях или организованных слушаниях в открытых заседаниях, например, для изучения воздействия на окружающую среду данного вида деятельности, вызывающего загрязнение; они также могут подавать дела на рассмотрение в связи с решениями по вопросам окружающей среды, которые они хотели бы обжаловать без какой-либо дискриминации перед соответствующими административными или правовыми органами страны – источника загрязнения».⁶²

2.2.3.2. Вопросы ответственности государств

Если бы статья 7 (2) Нью-Йоркской конвенции предусматривала правовые последствия наступления ущерба, возникающего из использования международного водотока *sic et simpliciter*, т.е. без дальнейшего уточнения, можно было бы утверждать,

⁶² ОЭСР, Директива об охране окружающей среды: Равное право доступа в отношении трансграничного загрязнения (1976), для целей настоящего доклада приводится в соответствующих частях в *Обзоре режимов ответственности, относящихся к теме «Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом»*, сноска 59 выше, С. 48.

что содержащееся в ней регулирование, хотя и мягкое, применялось бы также в том случае, когда причиненный ущерб возник из-за отсутствия должной осмотрительности. Как следствие, рассматриваемое положение представляло бы специальный режим, отступающий от общих правил, касающихся правовых последствий международно-противоправного деяния государства согласно положениям статьи 37 проекта статей об ответственности государств, принятого в первом чтении КМП в 1996 году.⁶³

Приведенное выше, несомненно, не соответствует реальности, поскольку формулировка «все же», содержащаяся в первой строке статьи 7 (2) Конвенции ООН 1997 года, достаточно ясно указывает на то, что она касается только последствий значительного ущерба, причиняемого вопреки принятию соответствующих мер, направленных на предотвращение нанесения такого ущерба. Следовательно, данное положение оставляет объективным применение общих правил, касающихся ответственности государств в случае, когда нанесенный ущерб является результатом нарушения обязательства должной осмотрительности,⁶⁴ предусмотренного статьей 7 (1), или который противоречит принципу справедливого использования, что также приравнивалось бы к случаю отсутствия должной осмотрительности. Как изложила КМП в своем комментарии к статье 7, принятом во втором чтении в 1994 году, «обязательство о должной осмотрительности, содержащееся в статье 7, устанавливает порог законной деятельности государств».⁶⁵

Международная практика, касающаяся правовых последствий наступления трансграничного ущерба, включая случай нанесения ущерба использованием международных водотоков, на которой основывалась КМП в процессе окончательной разработки рассматриваемого положения, можно сказать, обобщила на уровне общего права правовую природу обсуждаемого обязательства по предотвращению, как такого, заявлять о нарушении которого скорее можно только на основании отсутствия должной осмотрительности, чем на основании факта наступления ущерба, подлежащего предотвращению.⁶⁶

Данный тезис опирается на оценку фактического нарушения обязательства по предотвращению, а также на вменение такого нарушения государству. Поднимался вопрос о том, что для государства-истца может оказаться особенно сложным доказать

⁶³ Она гласит: «Положения настоящей Части не применяются в тех случаях и в тех пределах, когда юридические последствия международно-противоправного деяния государства установлены иными международно-правовыми нормами, непосредственно касающимися данного деяния». (Доклад КМП 1996 года, С. 141).

⁶⁴ Это противоречит размышлениям, высказанным М. Коскенниemi о том, что «молчание Конвенции в отношении ответственности связано с нежеланием разработчиков проекта допустить, что принципы обычного права, касающиеся ответственности за нарушение договорных обязательств, могут применяться в отношении этих Конвенций» (см. сноску 36 выше). Несмотря на то, что эти размышления, возможно, соответствуют позиции ряда делегаций, участвовавших в РГ, они в целом отрицаются статьей 33 об урегулировании споров (см. *ниже*, подраздел 2.4).

О загрязнении международного водотока как предварительном условии ответственности государств, см. G. Handl, *Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses*, CYIL 156 и далее (1975). Об общих принципах ответственности государств, применяемых к видам использования международных водотоков, см. также Lammerers сноска 32 *выше*, С. 587 и далее.

⁶⁵ Доклад КМП 1994 года, С. 181. Можно лишь заметить, что обсуждаемая проблематика находится вне сферы рассмотрения различий между обязательствами поведения и обязательствами результата, изложенными КМП в статьях 20 и 21 проектов статей об ответственности государств (Доклад КМП 1996 года, С. 132). Основа такого различия заключается в том, что в обязательстве, нарушение которого обжалуется, либо просто указываются результаты, которых необходимо достичь, оставляя государствам свободу выбора средств их внедрения, либо такие средства также закрепляются в указанном обязательстве.

⁶⁶ См. Доклад КМП 1994 года С. 237-240.

наличие нарушения должной осмотрительности.⁶⁷ Действительно, когда Международный Суд ООН в Деле о проливе Корфу отчетливо сформулировал «обязательство каждого государства не разрешать *сознательно*, чтобы его территория использовалась для совершения деяний, противоречащих правам других государств»,⁶⁸ формулировка «сознательно» могла бы в полной мере объяснить такую озабоченность. Тем не менее, сам Суд в аналогичных случаях несколько смягчал бремя доказывания пострадавшему государству, исходя из следующих соображений:

«Тот факт, что такой исключительный территориальный контроль осуществляется государством в пределах его границ, имеет отношение к методам доказывания, которыми можно воспользоваться для установления факта осведомленности данного государства о таких явлениях. В силу такого рода исключительного контроля другое государство, являющееся потерпевшим в результате нарушения международного права, зачастую не в состоянии предоставить прямые доказательства наличия фактов и косвенные доказательства. Такие косвенные доказательства признаются во всех системах права, а их использование подтверждено международными решениями. Они должны считаться имеющими особый вес тогда, когда они основываются на целом ряде фактов, имеющих внутреннюю связь и логически ведущих к какому-либо одному выводу».⁶⁹

Совсем недавно в правовой литературе получил дальнейшее развитие тезис о смягчении бремени доказывания пострадавшему государству в отношении особого, но слишком часто встречающегося, случая, при котором ущерб причиняется деятельностью, осуществляемой частными операторами в пределах юрисдикции государства происхождения. В таком случае профессор Луиджи Кондорелли усматривает презумпцию нарушения государством происхождения международного обязательства по осуществлению контроля над частными лицами, осуществляющими деятельность в пределах его юрисдикции.⁷⁰ Исходя из предположения о том, что требование о должной

⁶⁷ Jimenez de Aréchaga, сноска 32 *выше*, С. 272. См. также Pisillo Mazzeschi, *The Due Diligence Rule and the Nature of International Responsibility of States*, 35 *German Yb. Int'l Law* at 50 (1992).

⁶⁸ Дело о проливе Корфу (Великобритания против Албании), Доклады Международного Суда ООН 22 (1949).

⁶⁹ *Там же*, С. 18.

⁷⁰ Этот автор утверждал в отношении международных обязательств по предотвращению, таких как обсуждаемые, что «в действительности, по-прежнему верно, что большинство из данных актов, совершаемых частными лицами, все еще не вменяются в вину государствам [...] тем не менее, с каждым днем становится все более вероятным, что эти акты (действия), с самого момента их совершения, ведут к предположению того, что государство, о котором идет речь, нарушило международное обязательство по наблюдению за лицами, находящимися под его юрисдикцией или контролем: другими словами, в подобных случаях, международная ответственность государств являет собой уже не столь отдаленную перспективу, но становится значительно более вероятной» (Condorelli, *L'imputation à l'Etat d'un Fait Internationalement Illicite: Solutions Classiques et Nouvelles Tendances*, 189 *Recueil des Cours* 165 et seq., 174 et seq. (1984-VI). С отдельным акцентом на особо опасные виды деятельности Pisillo Mazzeschi приходит к аналогичному выводу в процессе рассмотрения исключительно строгих требований должной осмотрительности в этой области (*Forms of International Responsibility for Environmental Harm*, in F. Francioni & T. Scovazzi (Eds.), сноска 56 *выше* С. 35). В этой связи он утверждал, что «в отношении этих видов деятельности общее правило о приспособляемости осмотрительности к возможному ущербу, требует от государства проявления особенно высокой степени осмотрительности в предотвращении. В этом случае обязательство должной осмотрительности имеет сильную склонность приближаться к обязательству результата: т.е. создать ситуацию презумпции, неблагоприятной для причинившего ущерб государству. Другими словами, требуемая от государства высокая степень должной осмотрительности ведет к инверсии бремени доказывания, т.е. пока не доказано обратное, считается, что причинившее ущерб государство нарушило свое собственное обязательство должной осмотрительности» (*там же*). Выражение «все надлежащие меры» в статье 7 предполагает наличие степени должной осмотрительности, достаточно высокой для того, чтобы обосновать применяемость приведенного выше аргумента к обсуждаемым в настоящем докладе отношениям. О точке зрения применения в обсуждаемой в докладе области общего принципа о том, что бремя доказывания возлагается на государство-истца, с особым вниманием предполагаемым нарушениям

осмотрительности является свойственным справедливому характеру конкретного вида использования, аргумент о перекладывании бремени доказывания на причиняющее ущерб государство подкрепляется подготовительной работой КМП, которая указала, что «бремя доказывания в целях установления того, что какое-либо конкретное использование является справедливым и разумным, лежит на государстве, которое своим использованием водотока причиняет значительный ущерб».⁷¹

Наконец, следует заявить, что на основании принципа недискриминации в отношении доступа к национальным средствам защиты, закрепленного в статье 32,⁷² в тех случаях, когда такие национальные средства защиты за причинение экологического ущерба существуют на недискриминационной основе в государстве происхождения, государство, граждане или резиденты которого стали жертвами «неосмотрительного и несправедливого» трансграничного ущерба, не сможет привлечь первое государство к международной ответственности до тех пор, пока такие средства защиты не будут безуспешно использованы.

2.3. Двустороннее и многостороннее сотрудничество

Сотрудничество между прибрежными государствами, помимо его закрепления в качестве общего принципа Конвенции в статье 8, очевидно, является существенной характеристикой практически всего текста Конвенции ООН 1997 года. Во-первых и прежде всего, оно является неотъемлемой частью нормативного установления, содержащего принцип справедливого использования и правило непричинения ущерба, закрепленные в статьях 5, 6 и 7. Кроме того, принцип сотрудничества отражен и далее развит в статье 9 об обмене данными и информацией, Части III об уведомлении, консультациях и переговорах, касающихся планируемых мер, большинстве положений Части IV о «защите, сохранении и управлении», а также в Части V о «вредоносных явлениях и чрезвычайных ситуациях». Таким образом, согласно контекстному прочтению Конвенции ООН 1997 года сотрудничество отчетливо принимает формы, среди прочего, обмена данными и информацией, представления уведомлений, сообщений, консультаций и переговоров.⁷³

Наиболее значимые нормы, уточняющие общее обязательство сотрудничества в обеих Конвенциях, кратко рассмотрены в сравнительном аспекте ниже. Индивидуальные различия между двумя текстами следует понимать в свете того, что целый ряд положений, касающихся сотрудничества, в Конвенции ЕЭК ООН 1992 года группируются вокруг институционального сотрудничества, которое в данной Конвенции является обязательным, в то время как в Конвенции ООН 1997 года оно таким не является.

2.3.1. Институциональное сотрудничество

Как уже ранее особо отмечалось, основное различие между двумя рассматриваемыми Конвенциями заключается именно в их разном нормативном импульсе в отношении институционального сотрудничества. С одной стороны, статья 8

обязательства по предотвращению и уменьшению загрязнения международных водотоков, см. Lammers, сноска 32 выше, С. 590 и 614 и далее.

⁷¹ Доклад КМП 1994 года, С. 185.

⁷² См. выше, подраздел 2.2.3.1.2.

⁷³ Это далее подтверждается формулировкой статьи 30 Конвенции ООН 1997 года.

(2) Конвенции ООН 1997 года просто указывает, что «государства водотока могут рассмотреть вопрос о том, чтобы создавать совместные механизмы или комиссии» как средства сотрудничества. Не вызывает сомнений, что рассматриваемое положение не имеет нормативной силы.⁷⁴ То же касается статьи 24 этой же Конвенции, которая также указывает на возможность учреждения совместных механизмов для управления международным водотоком.

Напротив, в рамках Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, особенно в статьях 9 (2) и 10, закреплено четкое обязательство прибрежных государств заключать соглашения, учреждающие совместные органы. Согласно аргументу при толковании, основанному на абзаце 9 Преамбулы Нью-йоркской конвенции, неоднократно приводимому в настоящем докладе, следует высказать мнение о том, что также и в этой области Хельсинкская конвенция может играть роль дополняющей в отношении Нью-йоркской конвенции. Первая не сможет восполнить пробел в отношении имеющего юридически обязательную силу обязательства об институциональном сотрудничестве будущим Сторонам Нью-йоркской конвенции, не являющимся Сторонами Хельсинкской конвенции. Тем не менее, она может обеспечить образцовую основу для конструктивного толкования статей 8 (2) и 24 Конвенции ООН 1997 года, особенно в отношении охвата задач совместных органов. В связи с этим, представляется важным привести неисчерпывающий перечень функций совместных органов, изложенный в статье 9 (2) Хельсинкской конвенции 1992 года, который содержит следующие задачи:

- «... (a) собирать, компилировать и оценивать данные с целью определения источников загрязнения, которые могут оказывать трансграничное воздействие;
- (b) разрабатывать совместные программы мониторинга качественных и количественных показателей вод;
- (c) составлять реестры и обмениваться информацией об источниках загрязнения, указанных в пункте 2 а) настоящей статьи;
- (d) разрабатывать предельные нормы для сбросов сточных вод и оценивать эффективность программ по борьбе с загрязнением;
- (e) разрабатывать единые целевые показатели и критерии качества воды с учетом положений пункта 3 статьи 3 настоящей Конвенции и предложения относительно соответствующих мер по поддержанию и, в случае необходимости, улучшению существующего качества воды;
- (f) разрабатывать программы согласованных действий по снижению нагрузки загрязнения как из точечных источников (например, коммунально-бытовых и промышленных источников), так и диффузных источников (в особенности сельскохозяйственных);
- (g) устанавливать процедуры оповещения и сигнализации;
- (h) выступать в качестве форума для обмена информацией в отношении существующих и планируемых видов использования вод и соответствующих установок, которые могут оказывать трансграничное воздействие;
- (i) содействовать сотрудничеству и обмену информацией о наилучших имеющихся технологиях в соответствии с положениями статьи 13 настоящей Конвенции,⁷⁵ а также способствовать сотрудничеству в области научно-исследовательских программ;
- (j) участвовать в осуществлении оценки воздействия на окружающую среду в отношении трансграничных вод на основе соответствующих международных норм...».

⁷⁴ См. также заявление представителя Германии, который внес данное предложение, подчеркнув, что «авторы предложения отнюдь не имеют намерения возложить новые обязательства на государства-участники. Не является целью и установление норм; наоборот, в предложении признается, что условия сотрудничества и потребности в этой области могут варьироваться в зависимости от водотока» (Док. ООН С.6/51/SR. 52, С. 8).

⁷⁵ См. статью 13 Конвенции ЕЭК ООН 1992 года.

Наиболее важно, что статья 10 Конвенции ЕЭК ООН 1992 года доходит до того, что предусматривает обязательство о том, что все консультации между ее прибрежными сторонами «проводятся с помощью учреждаемого в соответствии со статьей 9 настоящей Конвенции совместного органа ...». ⁷⁶ Также следует заметить, что в Конвенции ЕЭК ООН 1992 года и последующих документах рассматриваемый вопрос стал в высшей степени приоритетным. Настолько, что на Первом Совещании Сторон Конвенции в 1997 году ⁷⁷ помощь в учреждении совместных комиссий по рекам и озерам оказалась первой из пяти «Программных областей» «Плана работы на 1997-2000 годы», принятого Совещанием. ⁷⁸

2.3.2. Регулярный обмен данными и информацией

Регулярный обмен данными и информацией является первым шагом в направлении сотрудничества между прибрежными государствами, представляя собой необходимую предпосылку осуществления более широкомасштабного сотрудничества. ⁷⁹

Статья 9 Конвенции ООН 1997 года закрепляет общие минимальные требования в этой сфере. Так, пункт 1 содержит неисчерпывающий перечень факторов, относящихся к состоянию водотока, подлежащих отражению в данных и информации, которыми следует обмениваться на регулярной основе. А именно, данными и информацией «гидрологического, метеорологического, гидрогеологического и экологического характера, и данными и информацией, касающимися качества воды, а также соответствующими прогнозами». На фоне приведенного крайне общего положения Конвенции ООН 1997 года, статья 13 Хельсинкской конвенции 1992 года может применяться как дополняющая и усиливающая руководящую функцию статьи 9 Нью-Йоркской конвенции. Для целей данного доклада в наиболее соответствующих положениях статья 13 Хельсинкской конвенции гласит:

«1. Прибрежные Стороны осуществляют в рамках соответствующих соглашений или других договоренностей в соответствии со статьей 9 настоящей Конвенции обмен реально доступными данными, в частности о:

- (а) экологическом состоянии трансграничных вод;
- (b) опыте, накопленном в области: применения и использования наилучшей имеющейся технологии, и результатах исследований и разработок;
- (c) выбросах и результатах мониторинга;
- (d) предпринимаемых и планируемых мерах по предотвращению, ограничению и сокращению трансграничного воздействия;
- (e) разрешениях или правилах в отношении сброса сточных вод, выдаваемых или устанавливаемых компетентными властями или соответствующим органом.

⁷⁶ Такое жесткое процессуальное требование ни при каких обстоятельствах не может считаться и близко соответствующим положениям общего обычного права. В этой связи, в качестве примера можно заметить, что в статье 9 Соглашения между Индией и Непалом по реке Махакали, которое предусматривает учреждение Комиссии по реке Махакали, пункт 6 предусматривает, что «обе Стороны сохраняют за собой право непосредственно сноситься друг с другом по вопросам, которые могут относиться к компетенции Комиссии» (36 I.L.M. 531 С. 541 (1997)).

⁷⁷ ЕЭК, Совещание Сторон Конвенции по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер, Доклад первого совещания (1997), цитируемый В. Bosnjakovic, *UN/ECE Strategies for Protecting the Environment with Respect to International Watercourses: The Helsinki and Espoo Conventions*, in *International Watercourses: Enhancing Cooperation and Managing Conflict* 47, 52 (S.M.A. Salman & L. Boisson de Chazournes eds. 1998).

⁷⁸ Там же С. 53.

⁷⁹ С. В. Bourne, *Procedure in the Development of International Drainage Basins: Notice and Exchange of Information*, reproduced in *International Waterlaw. Selected Writings of Professor Charles B. Bourne* 143, 161 (P.K. Wouters ed. 1998).

2. С целью согласования предельных норм для сбросов прибрежные Стороны осуществляют обмен информацией о своих национальных правилах».

В процессе обсуждения Рабочей группой в Нью-Йорке термин «легкодоступные данные и информация» вызвал некоторую дискуссию, касающуюся его точного содержания. Данная дискуссия была вызвана беспокойством о том, что если обсуждаемый термин понимать в значении «всё, что современная технология сделала возможным», то это чрезмерно обременяло бы государства, имеющие менее развитые технологии.⁸⁰ В ответ на такое беспокойство эксперт-консультант заявил, что обсуждаемое выражение было применено с тем, чтобы придать рассматриваемому положению такой смысл, что «государства должны предоставлять в общее пользование ту информацию, которой они обладают, и что страны, располагающие большим объемом информации, которые в большинстве случаев являются развитыми странами, должны делиться этой информацией со странами, испытывающими недостаток в ней».⁸¹

Следовательно, термин «легкодоступные данные и информация», содержащийся в статье 9 Нью-йоркской конвенции, по-видимому, существенно не отличается от термина «реально доступные», используемого в статье 13 (1) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года.

Статья 9 (2) Конвенции ООН 1997 года, а также статья 13 (3) Конвенции ЕЭК ООН⁸² закрепляют обязательство должной осмотрительности по предоставлению в ответ на просьбу информации, которая не является легкодоступной. Характер должной осмотрительности такого обязательства позволяет избежать установления абсолютных требований, которые не учитывали бы разный уровень технологического и экономического развития государств. Опять же в соответствии с Конвенцией ЕЭК ООН статья 9 (2) Конвенции ООН 1997 года разрешает государствам обуславливать оплатой разумных издержек, связанных со сбором, и «при необходимости» предоставление по запросу информации, не являющейся легкодоступной. Это предотвращает попытки злоупотребления правом запрашивать и получать данные и информацию. В то же время, статья 9 (3) Конвенции ООН 1997 года существенно подкрепляет общее обязательство обмена информацией, предусмотренное пунктом 1, возлагая на государства обязательства должной осмотрительности в отношении сбора и обработки данных и информации, независимо от конкретных запросов, чтобы, таким образом, при поступлении просьбы, информация была бы легкодоступной.

Здесь также Конвенция ЕЭК ООН 1992 года предоставляет руководство, намного более подробное, чем содержащееся в Конвенции ООН 1997 года, тем самым, избрав себе роль дополняющей последнюю. В связи с этим следует напомнить, что в статье 13 (4) Конвенция ЕЭК ООН 1992 года доходит до того, что содействует обмену информацией в следующей формулировке:

«Для целей осуществления настоящей Конвенции прибрежные Стороны содействуют обмену наилучшей имеющейся технологией, в частности путем развития: коммерческого обмена имеющейся технологией; прямых контактов и сотрудничества в промышленности, включая совместные предприятия; обмена информацией и опытом; и предоставления

⁸⁰ Такое беспокойство было особо высказано представителем Аргентины (Док. ООН А/С.6/51/SR.17 С. 8).

⁸¹ Там же.

⁸² Статья 13 (3) Конвенции ЕЭК ООН гласит: «Если к какой-либо прибрежной Стороне обращается другая прибрежная сторона с просьбой о предоставлении данных или информации, которые отсутствуют, то первая прибрежная сторона должна предпринять меры для удовлетворения этой просьбы, однако она может потребовать для ее выполнения от запрашивающей Стороны оплатить разумные издержки, связанные со сбором и, в случае необходимости, с обработкой таких данных или информации».

технической помощи. Прибрежные стороны осуществляют также совместные программы в области подготовки кадров и организуют соответствующие семинары и совещания».

2.3.3. Ограничения обязательства обмена данными и информацией

Статья 31 Конвенции ООН 1997 года предусматривает ограничения в отношении обмена данными и информацией, когда последние имеют «жизненно важное значение для ... национальной обороны или безопасности» государства водотока. Аналогично, статья 8 Конвенции ЕЭК ООН 1992 года гласит:

«Положения настоящей Конвенции не затрагивают прав или обязанностей Сторон защищать в соответствии с их национальными правовыми системами и применимыми наднациональными правилами информацию, имеющую отношение к производственной и коммерческой тайне, включая интеллектуальную собственность, или к интересам национальной безопасности».

В этом проявляется основное различие между двумя Конвенциями, которое вряд ли может быть сглажено путем толкования. Поэтому, это одна из немногих областей, в которых вопрос совместимости двух рассматриваемых инструментов необходимо разрешать в рамках норм о взаимоотношении между коллидирующими положениями, содержащимися в разных соглашениях, относящихся к одному и тому же вопросу, и который рассматривается ниже.⁸³

Фактически, в отличие от статьи 8 Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, статья 31 Нью-Йоркской конвенции не содержит права отказывать в предоставлении коммерческой или промышленной информации, считающейся конфиденциальной, обычно связанной с правами интеллектуальной собственности. То обстоятельство, что охват обсуждаемого ограничения не был включен в положения статьи 31, несмотря на соответствующую просьбу об этом делегации США,⁸⁴ указывает на то, что такое исключение не может применяться на основании Конвенции ООН 1997 года.

В данном вопросе есть и аспект обычного права. Так, вполне можно утверждать, что положения статьи 31 Нью-Йоркской конвенции ослабляют требование отказывать в предоставлении коммерческой и промышленной информации, которое основывается на предполагаемой норме обычного права общего характера, сформулированной в духе статьи 8 Конвенции ЕЭК. Такая мысль может иметь прямое отношение к редкому, но не невероятному случаю, когда возникает спор о сфере распространения обязательства об обмене данными и информацией между прибрежными государствами, имеющими существенно разный уровень технологического и промышленного развития. Иными словами, в таком случае общий интерес в управлении и защите международного водотока, как разделяемого природного ресурса, в Нью-Йоркской конвенции имеет преимущественное значение по сравнению с односторонними экономическими интересами.

2.3.4. Процедуры уведомления, касающиеся планируемых мер

В то время как Часть III Конвенции ООН 1997 года о планируемых мерах охватывает значительное число положений – от статьи 11 до статьи 19 – о процедуре

⁸³ См. ниже, подраздел 3.1.2.

⁸⁴ Док. ООН А/С.6/51/SR.23, С. 5.

уведомления, связанной с этими мерами, в Хельсинкской конвенции ЕЭК ООН 1992 года норма о предварительном уведомлении не упоминается. Объяснением этому служит простая причина, состоящая в том, что сложное нормативное установление процедуры уведомления, содержащееся в Нью-Йоркской конвенции, поглощено намного более жестким обязательством, закрепленным в статье 9 (2) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, заключать соглашения, предусматривающие создание совместных органов. Следует также напомнить, что данное положение закрепляет неисчерпывающий перечень задач таких органов, к которым относятся задачи: «выступать в качестве форума для обмена информацией в отношении существующих и планируемых видов использования вод и соответствующих установок, которые могут оказывать трансграничное воздействие»,⁸⁵ а также «участвовать в осуществлении оценки воздействия на окружающую среду в отношении трансграничных вод на основе соответствующих международных норм».⁸⁶

2.4. Урегулирование споров

При сопоставлении статьи 33 Конвенции ООН 1997 года и статьи 22 Конвенции ЕЭК ООН 1992 года проявляется подтверждение тесной связи между процедурами сотрудничества, особенно институционализированного сотрудничества, с одной стороны, и механизмами урегулирования споров, с другой стороны, и, следовательно, между предотвращением споров и разрешением споров.

Статью 22 Хельсинкской конвенции характеризует ее краткость. В дополнение к формуле сознательного выбора (*opt in*), предусматривающей возможность выбора обязательного обращения в суд или арбитраж, аналогично статье 33 Нью-Йоркской конвенции, она просто содержит наиболее краткое упоминание общего обязательства сначала искать урегулирования «путем переговоров или любым другим способом, приемлемым для участвующих в споре сторон».

Отсутствие в статье 22 Хельсинкской конвенции какого-либо четкого упоминания других способов урегулирования споров, таких как добрые услуги, обследование, посредничество или примирение, а также отсутствие даже упоминания необходимости передать спор на разрешение совместным учреждениям водотока – как в статье 33 (2) Нью-Йоркской конвенции – следует понимать на фоне обязательства по учреждению в рамках Хельсинкской конвенции совместных органов для осуществления двустороннего и многостороннего сотрудничества, задачи которых согласно статье 9 *и далее* охватывают самый широкий спектр мер, направленных на предотвращение и совместное управление, оказывающих прямое воздействие на предотвращение споров. Если же, тем не менее, спор и возникнет, то для способов иных, чем обращение в арбитраж или суд, останется мало шансов, если только не в качестве удовлетворения простой цели соблюдения требования о приемлемости.

При возникновении в будущем спора между двумя Сторонами обеих рассматриваемых Конвенций, сложно обнаружить какое-либо противоречие между предусмотренными в них механизмами урегулирования споров. Действительно, статья 33 Нью-Йоркской конвенции предусматривает обязательное установление фактов, которое не предполагается статьей 22 Хельсинкской конвенции; тем не менее, данная процедура мало, если вообще, дополняет роль совместных органов, которые Стороны Конвенции ЕЭК ООН 1992 года обязаны учредить согласно статье 9 (2). В остальном, противоречий между процедурами обращения в арбитраж или суд в рамках обеих Конвенций не

⁸⁵ Статья 9 (2 (h)).

⁸⁶ Статья 9 (2 (j)) (там же).

наблюдается, поскольку обе упоминают такие механизмы на факультативной основе при совершенно совместимых условиях.

3. Различия между двумя конвенциями с точки зрения разных источников международного права

3.1. С точки зрения права международных договоров

3.1.1. Подход конструктивного толкования к взаимодополняющим нормам

В рамках своего общего режима, право международных договоров, как оно кодифицировано в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, ясно подтверждает возможность того, что два и более соглашения, относящиеся к одному и тому же вопросу, могут одновременно применяться между одними и теми же сторонами этих соглашений при условии взаимной совместимости с точки зрения содержания их положений.⁸⁷ Так предусмотрено статьей 30 «Применение последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу», в особенности пунктом 3,⁸⁸ а также статьей 59 «Прекращение договора или приостановление его действия, вытекающие из заключения последующего договора», в особенности пунктом 1 (b).⁸⁹

На основе сравнительного анализа, проведенного выше, можно, в принципе, сделать вывод о совместимости двух Конвенций. Более того, в большинстве случаев два текста являются дополняющими друг друга. Иными словами, из-за концептуальной совместимости их отдельных положений, те из них, которые содержат более подробные нормы, предоставляют важные элементы, дополняющие руководящую и предписывающую функции тех положений другой Конвенции, которые являются менее жесткими и/или подробными.

В большинстве случаев, именно Конвенция ЕЭК ООН 1992 года предлагает дополняющее руководство для применения и внедрения Нью-йоркской конвенции. Приемлемость данного подхода подкрепляется абзацем 9 Преамбулы последней, который ясно ссылается на «существующие двусторонние и многосторонние соглашения, касающиеся несудоходных видов использования международных водотоков». Этот аргумент при толковании далее усиливается положениями статьи 31, посвященной вопросам толкования, Венской конвенции о праве международных договоров в отношении взаимоотношений между государствами, являющимися Сторонами обеих Конвенций. Статья 31 (3 (c)) предусматривает, что при толковании договоров, «наряду с

⁸⁷ См. в общем, E. Rocaunas, *Engagements Parallèles et Contradictoires*, 206 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 9 (1987-VI); W. Czaplinsky & G. Danilenko, *Conflicts of Norms in International Law*, 21 Neth. Yb. Int'l Law 29 ff. (1990); J.B. Mus, *Conflicts between Treaties in International Law*, 45 Neth. Int'l Law Rev. 208 (1998).

⁸⁸ Статья 30 (3) гласит: «Если все участники предыдущего договора являются также участниками последующего договора, но действие предыдущего договора не прекращено или не приостановлено в соответствии со статьей 59, предыдущий договор применяется только в той мере, в какой его положения совместимы с положениями последующего договора».

⁸⁹ Статья 1 (b) гласит: «Договор считается прекращенным, если все его участники заключат последующий договор по тому же вопросу и: ... положения последующего договора настолько несовместимы с положениями предыдущего договора, что оба договора невозможно применять одновременно». В то время как в статье 30 (сноска 88 *выше*) содержится непосредственное подкрепление высказанного в настоящем докладе утверждения о возможном взаимодополняющем применении рассматриваемых двух Конвенций, в отношении статьи 59 такой вывод является косвенным.

контекстом учитываются: ... любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношении между участниками».

Дополняющая взаимосвязь между двумя Конвенциями функционирует и в обратном направлении. Иными словами, Нью-йоркская конвенция также может оказать дополняющую поддержку Конвенции ЕЭК 1992 года, однако лишь в отношении очень небольшого круга положений. Как было показано, это касается правовых последствий наступления трансграничного ущерба. В этом случае реализация дополняющей взаимосвязи между двумя текстами основывается на двух правовых предпосылках, содержащихся в Конвенции ЕЭК. Во-первых, в статье 9 (1), которая для целей настоящего доклада гласит:

«Прибрежные Стороны на основе равенства и взаимности заключают двусторонние или многосторонние соглашения или другие договоренности в тех случаях, когда таковых пока еще не имеется, или вносят изменения в существующие соглашения или договоренности, где это необходимо в целях устранения противоречий с основными принципами настоящей Конвенции, с тем чтобы определить свои взаимоотношения и поведение в области предотвращения, ограничения и сокращения трансграничного воздействия».

Во-вторых, и исключительно в отношении области правовых последствий наступления ущерба, следует сослаться на статью 7, согласно которой Стороны Конвенции ЕЭК взяли на себя обязательство «оказывать поддержку соответствующим международным усилиям по выработке норм-критериев и процедур в области ответственности». Даже если, как показано выше,⁹⁰ Конвенция ООН 1997 года не достигла цели установления исчерпывающего регулирования по данному вопросу, она, безусловно, содержит полезные элементы в этом направлении.

3.1.2. Меры безопасности для взаимоисключающих норм

На основе общего режима права договоров, касающегося взаимосвязи между соглашениями, относящимися к одному и тому же вопросу, с частичным или полным совпадением состава их сторон, и даже более того, в рамках конкретных норм двух Конвенций по данному вопросу, отсутствуют правовые основания полагать, что Сторонам Конвенции ЕЭК 1992 года нецелесообразно ратифицировать Конвенцию ООН 1997 года.

*3.1.2.1. Взаимосвязь между двумя конвенциями *inter se**

Следует высказать мнение о том, что утверждаемое выше соответствует действительности, даже если не согласиться с концептуальной совместимостью двух текстов. Поэтому, исходя из выводов, сделанных в настоящем докладе выше, аналогичная позиция применима в отношении немногих положений двух Конвенций, которые входят во взаимное противоречие, как в случае с вопросом о существовании в рамках обязательства по обмену данными и информацией права отказывать в предоставлении коммерческой и промышленной информации, считающейся конфиденциальной, обычно связанной с правами интеллектуальной собственности.

⁹⁰ См. выше, подраздел 2.2.3. и далее.

Наиболее важно то, что отсутствуют какие-либо правовые основания в поддержку аргумента о том, что менее жесткие положения более поздней Конвенции заменяют собой положения более ранней.

Действительно, как статья 30, так и статья 59 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года отстаивают принцип *lex posterior derogat priori* в отношении коллидирующих положений, содержащихся в двух соглашениях, относящихся к одному и тому же вопросу, в отношениях между сторонами обоих соглашений. Тем не менее, помимо того, что прецедентное право Международного суда ООН, кажется, отдает предпочтение принципу *lex specialis* по сравнению с принципом *lex posterior*, фактом является то, что статьи 30 и 59 Венской конвенции предоставляют сторонам международных соглашений свободу принимать решение в каждом конкретном случае в отношении юридической силы таких соглашений сторон по отношению к ранее заключенным или будущим соглашениям, относящимся к одному и тому же вопросу.

Разработчики проектов обеих Конвенций воспользовались этой свободой договора таким образом, который усиливает целесообразность Сторонам одной Конвенции приобретать статус Сторон другой Конвенции.

Во-первых, статья 9 (1) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, как уже отмечалось, предусматривает не только возможность, но и обязательство Сторон заключать двусторонние или многосторонние соглашения о водотоках, устанавливая более конкретные правила. Это предусматривает применяемость к Сторонам Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, которые также приобрели статус Сторон Конвенции ООН 1997 года, очень немногих норм, содержащихся в последней, которые предусматривают более подробные или жесткие требования. В то же время, данное положение косвенно исключает какое-либо отменяющее действие менее жестких или подробных норм, содержащихся в более поздней Конвенции, на нормы Конвенции ЕЭК 1992 года.

Сказанное выше следует объединить с соответствующими нормами по данному вопросу, содержащимися в Нью-йоркской конвенции. В то время как уже делалась ссылка при толковании на абзац 9 ее Преамбулы, ключевое положение для целей настоящего доклада содержится в статье 3 (1). Она гласит:

«В отсутствие соглашения об ином ничто в настоящей Конвенции не затрагивает права и обязательства государства водотока, вытекающие из действующих соглашений, участником которых оно является на дату присоединения к настоящей Конвенции».

Данное положение ясно сохраняет нормативную силу Конвенции ЕЭК 1992 года для тех ее Сторон, которые пожелали бы также ратифицировать Конвенцию ООН 1997 года. В то же время, указывая на допустимость «соглашения об ином» в совокупности со статьей 9 (1) Конвенции ЕЭК 1992 года, цитируемое выше положение также обеспечивает применяемость в отношении Сторон Конвенции ЕЭК тех положений Нью-йоркской конвенции, которые окажутся более конкретными и соответствующими ее основным принципам.

3.1.3. Взаимосвязь между двумя конвенциями и другими соглашениями о водотоке

3.1.3.1. Ранее заключенные соглашения

Обе Конвенции содержат конкретное упоминание ситуации, при которой их Стороны являются также сторонами ранее заключенных соглашений о водотоке. Данный

вопрос несколько по-разному регулируется в двух рассматриваемых текстах. После краткого изучения таких различий, следует рассмотреть их возможное влияние в отношении Сторон Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, которые намерены ратифицировать, принять, утвердить или присоединиться к Конвенции ООН 1997 года, и наоборот.

Как было уже показано, статья 9 (1) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года предусматривает четкое обязательство ее Сторон внести изменения в существующие соглашения «где это необходимо в целях устранения противоречий с основными принципами настоящей Конвенции ...». В принципе, из этого обязательства *de contrahendo* можно сделать вывод о том, что государству, являющемуся Стороной Хельсинкской конвенции, а также стороной ранее заключенного соглашения о водотоке, следует пренебречь обязательствами, содержащимися в последнем, которые несовместимы с более поздней Конвенцией. Это соответствует общим принципам применения последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу, кодифицированным в статье 30 Венской конвенции о праве международных договоров, пункт 4 (b) которой предусматривает, что «в отношениях между государством - участником [двух договоров, относящихся к одному и тому же вопросу] и государством - участником только одного договора договор, участниками которого являются оба государства, регулирует их взаимные права и обязательства».

При этом сохраняет свое действие правило о том, что статья 9 (1) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года не может применяться таким образом, чтобы устранять противоправность поведения, которое, хотя и с соблюдением положений Хельсинкской конвенции, нарушает обязательства по предыдущему соглашению о водотоке в отношении другого государства, являющегося стороной последнего, но не являющегося Стороной Хельсинкской конвенции. Это подтверждается статьей 30 (5) Венской конвенции 1969 года. Она предусматривает, что пункт 4 (b) приведенной выше статьи «применяется без ущерба ... для любого вопроса об ответственности государства, которая может возникнуть в результате заключения или применения договора, положения которого несовместимы с обязательствами данного государства в отношении другого государства по иному договору».

В случае необходимости проведения оценки совместимости положений Конвенции ЕЭК ООН 1992 года и ранее заключенного соглашения, кажется наиболее вероятным, что во взаимоотношениях между государством, являющимся стороной только данного соглашения и государством, являющимся стороной обоих соглашений, последнее государство почувствовало бы себя скорее приобретателем прав в рамках предыдущих соглашений, чем обязанностей, которые могли бы быть несовместимыми с положениями Хельсинкской конвенции. При таких обстоятельствах для государства, являющегося стороной обоих соглашений, было бы правильным отказаться от прав, предусмотренных ранее заключенным соглашением и начать переговоры в отношении нового соглашения о водотоке с государствами, не являющимися сторонами Хельсинкской конвенции, которое соответствует последней, преследуя свои индивидуальные интересы в совокупности с общим интересом развития, защиты и контроля над разделяемым водотоком.

А по Конвенции ООН 1997 года в рамках Рабочей группы состоялись жаркие переговоры между теми делегациями, с одной стороны, которые заняли позицию, что Конвенция должна заменить собой любые ранее заключенные соглашения о водотоке в той мере, в которой те вступают с ней в противоречие, или, по крайней мере, с ее основными принципами, и теми, с другой стороны, которые намеревались поддержать

предыдущие соглашения, лишая Конвенцию какого-либо отменяющего действия вообще.⁹¹

Формула, на которой в итоге остановились, несомненно, отдает превосходство тем, кто поддерживал идею о том, что рассматриваемая Конвенция не заменит собой предыдущие соглашения.⁹² В то время как приведенная выше статья 3 (1)⁹³ предусматривает, что положения Конвенции не затрагивают прав и обязательств, вытекающих для Сторон из ранее заключенных соглашений, пункт 2 просто указывает, что Стороны, являющиеся также сторонами каких-либо таких соглашений «могут, при необходимости, рассматривать возможность согласования таких соглашений с основными принципами настоящей Конвенции». Исходя из принципа эффективности при толковании,⁹⁴ данная формулировка не может считаться лишенной какой-либо нормативной функции, следовательно, она, по крайней мере, выполняет роль наставления. На практике, иными словами данное положение может лечь в основу просьбы государства водотока к прибрежному государству о начале переговоров, по крайней мере, в отношении целесообразности гармонизации ранее заключенного соглашения между ними с основными принципами Конвенции.

С позиции Стороны Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, стоящей перед выбором в отношении ратификации Конвенции ООН 1997 года, следует понимать, что последняя Конвенция в связи с ее диспозитивным подходом к данному вопросу, вряд ли послужит препятствием обязательству по устранению противоречий, закрепленному в статье 9 (1) Хельсинкской конвенции. Более того, особенно учитывая взаимное соответствие логического обоснования двух рассматриваемых инструментов, соблюдая «обязательства по устранению противоречий», содержащиеся в статье 9 (1) Хельсинкской конвенции, государство, в то же время, выполнило бы наставительное положение, содержащееся в статье 3 (2) Нью-йоркской конвенции.

С позиции государства, уже ратифицировавшего Конвенцию ООН 1997 года, приобретение также статуса стороны Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, однозначно повлекло бы за собой появление более жестких обязательств по данному вопросу. А именно, обязательство заключать соглашения, которые «устраняют противоречия с основными принципами настоящей Конвенции». Опять же, предполагая взаимную совместимость, если не идеальное совпадение, основных принципов двух Конвенций, для этого нет никаких правовых препятствий. Напротив, такой шаг идеально бы соответствовал положениям статьи 3 (2) Нью-йоркской конвенции.

3.1.3.2. Будущие соглашения

В отношении взаимосвязи между двумя рассматриваемыми инструментами и будущими соглашениями, положения статьи 9 (1) Конвенции ЕЭК ООН 1992 года предельно ясны. Как было показано, она предусматривает обязательство Сторон

⁹¹ В отношении такой дискуссии, см. А. Tanzi, *Codifying the Minimum Standards of the Law of International Watercourses: Remarks on Part One and a Half*, 21 *Natural Resources Forum* 110 *et seq.*; *Том же*, сноска 41 выше, С. 239 и далее.

⁹² Такое решение не порадовало тех, кто активно выступал в поддержку необходимости обязательной гармонизации. См., в частности, заявление представителя Эфиопии, поясняющее его голосование по Конвенции (Док. ООН A/51/PV.99 С. 9-10).

⁹³ См. выше, подраздел 3.1.2.1.

⁹⁴ Согласно этому принципу между двумя возможными толкованиями следует отдавать предпочтение тому из них, которое позволяет данному положению осуществлять какую-либо нормативную функцию, по сравнению с тем, которое любую такую функцию исключает (*magis valeat quam pereat*).

заключать соглашения, которые: а) применяют к конкретным условиям данного водотока общие обязательства по предотвращению, ограничению и сокращению трансграничного воздействия; б) приводят ранее заключенные соглашения в соответствие с основными принципами Конвенции. Не будучи попыткой толкования, данное положение следует рассматривать, как косвенно препятствующее заключению будущих соглашений, которые несовместимы с основными принципами Конвенции. Это, очевидно, касается перспектив заключения будущих соглашений о водотоке только отдельными Сторонами Конвенции ЕЭК ООН 1992 года. До тех пор, пока некоторые принципы, заложенные в Конвенции, не будут считаться получившими статус норм *jus cogens*, ничто не препятствует единодушному решению всех ее Сторон отойти от ее положений.

Приведенные выше аргументы находят четкое подтверждение в статье 41 (1) Венской конвенции о праве международных договоров, касающейся «соглашений об изменении многосторонних договоров только во взаимоотношениях между определенными участниками». В соответствующей части для целей настоящего доклада она предусматривает, что «Два или несколько участников многостороннего договора могут заключить соглашение об изменении договора только во взаимоотношениях между собой, если: (а) возможность такого изменения предусматривается самим договором».

Следует отметить, что правовым последствием заключения только между некоторыми сторонами многостороннего договора последующего специального соглашения, несовместимого с основными принципами, содержащимися в предыдущем договоре, не будет признание его ничтожности, как было бы в случаях, предусмотренных статьями 53, 64 и 71 Венской конвенции в отношении договора, противоречащего императивной норме общего международного права (*jus cogens*); правовые последствия, наступающие в таких случаях, изложены в нормах об ответственности государств, применяемых к отношениям между государствами, являющимися сторонами только предыдущего многостороннего договора и теми, которые, будучи сторонами обоих конвенционных инструментов, выполнили положения последующего соглашения в нарушение обязательств по предыдущему договору. Действительно, ни в Части V, ни где-либо еще в Венской конвенции о праве международных договоров не существует положения о том, что заключение соглашения в нарушение нормы о приемлемости заключения последующих договоров, относящихся к одному и тому же вопросу, следует считать недействительным, тогда как статья 30 (5) той же Венской конвенции, касающаяся последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу, предусматривает, что применение соответствующих норм, содержащихся в ней (в пункте 4), осуществляется «без ущерба ... для любого вопроса об ответственности государства, которая может возникнуть в результате заключения или применения договора, положения которого несовместимы с обязательствами данного государства в отношении другого государства по иному договору».

Тогда возникает вопрос об определении государств, являющихся сторонами, которые были бы уполномочены привлечь к ответственности другое государство, являющееся стороной, которое, применяя положения более позднего соглашения, нарушило основные принципы Конвенции. Согласно общему режиму права договоров по вышеупомянутому вопросу, не возникло бы сомнений в отношении признания такого права за пострадавшим прибрежным государством, не являющимся стороной более позднего соглашения. В отношении позиции государств, являющихся сторонами, которые не являются прибрежными государствами водотока, на который ссылается специальное соглашение, они могут получить право стать активными субъектами отношений международной ответственности только в той мере, в какой положения Конвенции, которые были нарушены государством, являющимся стороной, в то время

как такое государство применяло несовместимую норму последующего соглашения о водотоке, могут считаться защищающими неделимые права всех государств, являющихся сторонами Конвенции, и/или насколько наступил материальный ущерб, о котором можно установить, что он был результатом отсутствия должной осмотрительности по предотвращению такого ущерба или, во всяком случае, несправедливым использованием международного водотока.

Что касается Конвенции ООН 1997 года, то ее статья 3(3) предусматривает, что стороны Конвенции могут заключать соглашения о «применении и приспособлении» ее положений к характеристикам данного водотока. Основным моментом в понимании того, предоставляет ли данное положение свободу государствам, являющимся сторонами, заключать специальные соглашения, которые без ограничений изменяют Конвенцию, или того, не должны ли изменения, предусмотренные такими соглашениями, находиться в противоречии с общими принципами, заложенными в Конвенции, является выражение о «применении и приспособлении». Данный вопрос вызвал серьезный интерес у ученых⁹⁵ и стал предметом бурного обсуждения в Рабочей группе во время обеих сессий, поскольку он оказывает непосредственное влияние на нормативную функцию рассматриваемого инструмента. Группа делегаций последовательно защищала положение, которое бы ясно указывало на неприемлемость будущих специальных соглашений, несовместимых с основными принципами Конвенции.⁹⁶ С другой стороны, другие делегации настаивали на четком указании возможности для будущих соглашений о водотоках «применять или отходить от» Конвенции.⁹⁷

Окончательный текст статьи 3 (3), поскольку постольку он воспроизводит формулировку, изначально предложенную КМП, кажется, подтверждает рамочную функцию Конвенции, предусмотренную самой КМП, в том смысле, что будущие специальные соглашения между государствами, являющимися сторонами Конвенции, могут конкретизировать общее регулирование, содержащееся в ней, путем его применения или приспособления к отдельным характеристикам данного водотока в пределах основных принципов, закрепленных в Конвенции. Данное толкование нельзя отрицать в свете заявления о толковании, выработанного Рабочей группой о том, что «настоящая Конвенция будет служить ориентиром для будущих соглашений о водотоках, а по заключении таких соглашений не будет изменять предусматриваемые в них права и обязанности».⁹⁸ Предполагая признание некоторой правовой силы данного заявления, следует принять во внимание, что оно одновременно касается двух разных ситуаций. А именно, первая охватывает период, предшествующий заключению специального соглашения, во время которого следует надлежащим образом выполнить рамочную, или ориентирующую, функцию Конвенции, и в приведенном выше заявлении нет ничего, что каким-либо образом может ослабить такую нормативную функцию. Вторая ситуация, указанная в обсуждаемом заявлении, следует за гипотетическим заключением специального соглашения о водотоке, и в этом отношении это же самое заявление подкрепляет действительность последующего соглашения, даже при условии, что такое

⁹⁵ См., в особенности, Hey, E. Hey, *Sustainable Use of Shared Water Resources: the Need for a Paradigmatic Shift in International Watercourses Law*, in G. Blake et al. (Eds) *The Peaceful Management of Transboundary Resources* 127, 144 (1995); и L. Caflisch, *Regulation of the Use of International Watercourses*, in *International Watercourses. Enhancing Cooperation and Managing Conflict* 3, 11-12 (S. M. A. Salmon & L. Boisson de Chazournes Eds., 1998).

⁹⁶ См., например, предложения, внесенные в письменной форме Эфиопией (Док. ООН A/C.6/51/NUW/WG/CRP.9) и Нидерландами (тот же, CRP. 16). Более подробно см. Tanzi (Codifying), сноска 91 выше, С. 111 и далее.

⁹⁷ См., в частности, предложения, внесенные в письменной форме Израилем (Док. ООН A/C.6/51/NUW/WG/CRP.8), Турцией (тот же, CRP. 12), Францией (тот же, CRP. 15).

⁹⁸ Доклад Рабочей группы, сноска 40 выше, С. 4.

соглашение было бы несовместимым с принципами Конвенции. В этой связи, следует отметить, что рассматриваемое заявление просто подтверждает общий режим права договоров о последовательном заключении договоров, относящихся к одному и тому же вопросу. В этом отношении следует отдельно упомянуть статью 3 (4) Нью-йоркской конвенции, согласно которой заключение специального соглашения о водотоке недопустимо, «когда это соглашение неблагоприятно затрагивает в значительной степени использование вод этого водотока одним или несколькими государствами водотока без их прямого согласия».

Также ввиду того, что Нью-йоркская конвенция не предусматривает создания норм *jus cogens*,⁹⁹ следует сослаться на преимущественно те же приведенные выше рассуждения, которые касаются применения общих принципов права договоров к Конвенции ЕЭК ООН 1992 года, с особым вниманием к последствиям заключения более позднего соглашения, несовместимого с основными принципами Нью-йоркской конвенции.

Подытоживая сказанное, Конвенция ЕЭК ООН 1992 года является более точной, в том числе и по рассматриваемому вопросу, в том смысле, что она препятствует заключению ее Сторонами более поздних соглашений, которые противоречат ее основным принципам. Вызывает сомнения, справедливо ли то же самое в отношениях между Конвенцией ООН 1997 года и будущими соглашениями о водотоках. Четкое ограничение в отношении приемлемости будущих соглашений о водотоках содержится в этой Конвенции в статье 3 (4), касающейся ситуации, когда будущее соглашение неблагоприятно затрагивает прибрежное государство, которое не является его стороной.

Как бы то ни было, следует подчеркнуть, что заключение более позднего соглашения между отдельными Сторонами любой из Конвенций, которое бы противоречило только ограничениям, содержащимся в ней, не повлекло бы санкции в виде признания недействительности более позднего соглашения. Следует высказать мнение о том, что в отношении позиции государства, которое приобретает статус стороны Конвенции ЕЭК 1992 года и Конвенции ООН 1997 года, неясный язык Нью-йоркской конвенции не подверг бы сомнению «клаузулу несовместимости», содержащуюся в Хельсинкской конвенции. Иными словами, государство, являющееся Стороной Хельсинкской конвенции, не имело бы права заключать будущие соглашения о водотоках, несовместимые с ее основными принципами, только потому, что оно приобрело статус Стороны Нью-йоркской конвенции. Тем не менее, *ex abundante cautela*, в этот вопрос можно было бы внести окончательную ясность путем заявления о толковании при ратификации, принятии, утверждении или присоединении к Нью-йоркской конвенции.

3.2. С точки зрения процесса обычного права: внедрение без ратификации

Результаты сравнительного анализа, проведенного выше в Разделе 2, вполне могут иметь значение вне рамок исключительно договорно-правового аспекта рассматриваемого вопроса.

Фактически, две обсуждаемые Конвенции представляют собой важнейшие составные элементы общего процесса обычного права в этой области. Как авторитетно заявил Международный Суд ООН в 1969 году по Делу о континентальном шельфе

⁹⁹ Caflisch, сноска 95 выше, С. 11; S.C. McCaffrey & M. Sinjela, *The 1997 United Nations Convention on International Watercourses*, 92 A.J.I.L. 97, 98 (1998).

Северного моря и повторил в своих последующих делах, положение, содержащееся в международном договоре, особенно в кодифицирующем, может соответствовать обычной норме, когда в отношении этой нормы можно установить, что договор выполнил доказательственную и кристаллизирующую роль процесса нормотворчества в обычном праве вплоть до момента принятия Конвенции.¹⁰⁰ Суд также указал, что даже при возможном отсутствии совпадения между положениями кодифицирующей конвенции и обычной нормой в момент принятия первой, такое совпадение может обнаружиться на более позднем этапе, поскольку указанные конвенционные положения подтолкнули процесс нормотворчества в обычном праве в этом направлении, таким образом, выполнив что-то вроде генераторной функции в отношении обычая.¹⁰¹

Следует отметить, что Международный Суд ООН неоднократно указывал, что аналогичное обоснование может таким же образом применяться в отношении кодифицирующей конвенции, которая еще не вступила в силу.¹⁰² Для целей настоящего доклада наиболее важно то, что Суд сделал такое заявление непосредственно в отношении Конвенции ООН 1997 года, четко сославшись на нее по прошествии всего двух месяцев с момента ее принятия, таким образом, совершенно независимо от факта вступления ее в силу. А именно, по Делу *о проекте Габчиково-Надьмарош*, после напоминания о принятии решения в Деле *о реке Одер*, в котором Постоянная палата международного правосудия поддержала принцип равенства прав прибрежных государств в контексте права речного судоходства, Международный суд сослался на обзор, проведенный Нью-Йоркской конвенцией, как на доказательство консолидации

¹⁰⁰ Дела о континентальном шельфе Северного моря (ФРГ против Дании и Нидерландов), Доклад Международного Суда ООН 4 (1969), С. 41. См. также Дело о континентальном шельфе (Тунис против Ливии), Доклад Международного Суда ООН 18 (1982), С. 38; Дело о делимитации морской границы зоны залива Мэн (Канада против США), Доклады Международного Суда ООН 246 (1984), С. 294; Дело о военной и военизированной деятельности в и против Никарагуа (Никарагуа против США), Доклад Международного Суда ООН 14 (1986), С. 95. Среди изобилия литературы по данному вопросу, см. R.R. Baxter, *Multilateral Treaties As Evidence of Customary International Law*, 41 Brit. Y. B. Int'l L. 275 (1965-66); тот же *Treaties and Custom*, 129 Recueil des Cours 25 (1970 - I); A. D'Amato, *Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules of International Law*, 64 A.J.I.L. 892 (1970); R. P. Dhokalia, *The Codification of Public International Law* (1970); C. Marek, *Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le Plateau Continental de la Mer dit Nord*, 6 Revue Beige de Droit International 44 (1970); H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (1972); Jiménez de Aréchaga, *сноска* 32 выше С. 9-34; тот же, *Custom, in Change and Stability in International Law Making* 3-4 (A. Cassese and J.H.H. Weiler eds., 1988); R. Jennings, *Treaties as 'Legislation*, in *Jus et Societas, Essays in Tribute to W. Friedmann*, 159 *u daee*. (G. Wilner et al. eds., 1979); тот же, *What Is International Law and How Do We Tell It When We see It?*, 37 *Annuaire Suisse de Droit International* 59 *u daee*. (1981); M.E Villiger, *Customary International Law and Treaties* (2nd ed., 1997); H. Torriero, *L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public* (1989); R. Pisillo Mazzeschi, *Trattati e consuetudine nella codificazione del diritto internazionale*, in 2 *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera* 663 (1995).

¹⁰¹ Дело о континентальном шельфе Северного моря, сноска 100 выше, там же.

¹⁰² В своем консультативном мнении в отношении Правовых последствий для государств длящегося присутствия Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка), несмотря на Резолюцию Совета Безопасности 276, Доклады Международного Суда ООН 16 (1971), С. 46, Суд ООН сослался на положения Венской конвенции о праве международных договоров задолго до того, как она вступила в силу, как на доказательство обычных норм; Палата Суда применила аналогичное обоснование в отношении Конвенции по морскому праву в Деле о делимитации морской границы в зоне залива Мэн (Доклады Международного Суда ООН 246, сноска 100 выше, С. 294 (1984). В Деле о континентальном шельфе (1982 Доклады Международного Суда ООН 18, сноска 100 выше, С. 38 (1982), Суд сослался таким же образом на проекты статей, которые лишь позже были приняты в форме конвенции, а именно, Конвенции по морскому праву. См. по этому вопросу C.Th. Eustathiades, *Conventions de Codification Non Ratifiées*, in 1 *Mélanges Wengler* 77 (1973); L.B. Sohn, *Unratified Treaties as a Source of Customary International Law*, in *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of W. Riphagen*, 231 (A. Bos & H. Siblesz eds., 1986); I. Sinclair, *The Impact of the Unratified Codification Convention*, in *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of W. Riphagen*, 211 (A. Bos & H. Siblesz eds., 1986).

данного принципа в контексте международного права, касающегося несудоходных видов использования международных водотоков.¹⁰³

Имея в виду приведенные выше концептуальные рамки, как они были обозначены Международным Судом ООН, результаты взаимодополняющего характера двух рассматриваемых текстов следует также признать в качестве создающих совместную авторитетную основу для построения структуры обычного права в этой области. Без ущерба для результатов постатейного сравнительного анализа двух Конвенций и других авторитетных элементов международной практики, свидетельствующих о состоянии международного обычая в этой области, можно рискнуть предположить в качестве общего тезиса, что, поскольку конкретные положения процессуального характера в обоих текстах по своей природе являются неподходящими для совпадения с нормами обычного характера в момент принятия Конвенции, их основные принципы следует считать доказательством принципов обычного права. Там, где ввиду отсутствия достаточно последовательной практики и *opinio juris*, такое приравнивание отдельного положения любой из Конвенций, с одной стороны, и обычного права, с другой стороны, не может быть установлено в момент их принятия, указанное предполагаемое обоснование следует выстраивать в том смысле, что само их принятие может играть решающую роль как катализатор завершения соответствующего процесса нормотворчества в обычном праве в этой области.

Делая вывод по этому вопросу, кажется, что с практической точки зрения, даже при условии отрицания доказательственного характера двух обсуждаемых инструментов в отношении обычного права в этой области, нельзя отвергать их авторитетную функцию предоставления руководства, как подтвердил Международный Суд ООН в Деле *о проекте Габчиково-Надьмарош* со ссылкой на Нью-Йоркскую конвенцию.¹⁰⁴

Особенно в отношении Конвенции 1992 года такая функция предоставления руководства имела бы важное значение в процессе разработки внутригосударственного законодательства,¹⁰⁵ не меньше, чем в процессе переговоров в отношении специальных соглашений о водотоках, направленных либо на предотвращение, либо на урегулирование споров в области водного права. Таким образом, следуя прагматичному подходу, указанные два инструмента можно считать представляющими важнейшую основу, в том числе, для государств, которые (еще) не являются сторонами Хельсинкской конвенции 1992 года, и независимо от вступления в силу Нью-Йоркской конвенции 1997 года.

В то время как в отношении последней Конвенции данный подход был поддержан Международным Судом ООН в уже обозначенных формулировках,¹⁰⁶ в отношении первой Конвенции это было ясно подтверждено самими ее Сторонами после вступления ее в силу 6 октября 1996 года. В *Хельсинкской декларации, принятой Совещанием*

¹⁰³ См. Доклады Международного Суда ООН 191 (1997).

¹⁰⁴ Там же.

¹⁰⁵ Следует вспомнить, что абз. 2 Хельсинкской декларации, принятой Совещанием Сторон Конвенции по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер 4 июля 1997 года, гласит: «Проблемы, с которыми мы сталкиваемся, не являются уникальными для трансграничных вод. Они должны рассматриваться в контексте с комплексным управлением водохозяйственной деятельностью. Таким образом, наше сотрудничество в сфере трансграничных вод также поможет улучшить и управление использованием внутренних вод и обеспечит единообразную направленность наших усилий по охране и использованию внутренних и трансграничных вод. Мы будем, по мере необходимости, применять заложенные в Конвенции принципы при разработке, пересмотре, осуществлении и применении своих национальных законов и норм, относящихся к водным ресурсам и объектам».

¹⁰⁶ См. сноски 103 и 104 выше.

Сторон Конвенции по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер 4 июля 1997 года, Стороны подчеркнули важность функции предоставления руководства Конвенцией в отношении государств, которые не являются ее Сторонами, как в отношении тех, которые являются государствами-членами ЕЭК, а также тех, которые такими не являются.

В отношении государств-членов ЕЭК абзац 6 гласит:

«Мы призываем страны-члены ЕЭК, которые пока еще не стали Сторонами Конвенции, основывать свое сотрудничество в сфере трансграничных вод на двусторонних и многосторонних соглашениях, согласующихся с положениями Конвенции. Мы будем по их просьбе оказывать им консультативную помощь в разработке или адаптации таких соглашений».

В отношении государств, не являющихся членами ЕЭК, в этой же Декларации Стороны «призывают все другие страны опираться на положения Конвенции при разработке и осуществлении своей водохозяйственной политики».¹⁰⁷ Более того, после обозначения «намерения содействовать осуществлению на региональном уровне Повестки дня на XXI век путем охраны вод от загрязнения и неустойчивого использования в соответствии с решениями Генеральной Ассамблеи, принятыми на ее специальной сессии (Нью-Йорк, июнь 1997 года)», Стороны провозгласили «готовность делиться [своим] опытом с другими регионами мира».¹⁰⁸ И наиболее важно то, что «страны-члены ЕЭК, которые еще не являются Сторонами Конвенции, присоединяются к настоящей Декларации».¹⁰⁹

4. Заключительные замечания

Из сравнительного анализа, проведенного выше, видно, что нельзя отрицать то, что по существу, две Конвенции относятся к одному и тому же вопросу. Также получается, что в тех случаях, когда содержание норм двух Конвенций по одному и тому же вопросу не совпадает, нормы Конвенции ЕЭК 1992 года в целом являются более жесткими, чем нормы Конвенции ООН 1997 года. Это применимо к материальным и, даже более того, процессуальным нормам. Что касается основных норм, Конвенция ЕЭК 1992 года закрепляет более точные руководящие принципы и передовые стандарты поведения в отношении предотвращения трансграничного воздействия, хотя из положений Нью-йоркской конвенции можно почерпнуть больше руководства в отношении последствий наступления ущерба. В отношении процессуальных правил, отдельно подчеркивался обязательный характер институционального сотрудничества между прибрежными государствами в рамках Конвенции ЕЭК 1992 года, тогда как Конвенция ООН 1997 года не выходит за рамки рекомендаций в этом направлении.

Поэтому, может возникнуть вопрос, не сделало ли государство, приобретшее статус стороны обеих Конвенций, шаг назад, когда оно ратифицировало, приняло, утвердило или присоединилось к Нью-йоркской конвенции 1997 года. Ответом на этот вопрос будет «нет», как с концептуальной, так и с формальной точек зрения.

С концептуальной точки зрения, наблюдаются различия между двумя Конвенциями в отношении конкретных правил, относящихся к одному и тому же

¹⁰⁷ Абз. 5.

¹⁰⁸ Абз. 12.

¹⁰⁹ Абз. 14.

вопросу, которые редко когда представляют собой коллидирующие предписания, а скорее, в той или иной степени, разнятся в жесткости и детальности таких предписаний. Таким образом, было бы неправильным рассматривать взаимоотношение между двумя инструментами как отношения отмены более раннего более поздним согласно правилу *lex posterior derogat priori*.

С точки зрения политики, весьма естественно, что нормотворческий процесс на универсальном уровне опускается до более низких общих знаменателей, чем менее неоднородный фон ЕЭК. Хотя, поскольку оба процесса преследуют одну и ту же цель, а именно, цель усиления общего интереса во благо всех вовлеченных сторон, было бы несообразным логическому обоснованию обоих инструментов, если бы более подробные требования, закрепленные в региональном контексте, были бы вычеркнуты из норм, регулирующих отношения между государствами, являющимися сторонами этого регионального процесса только потому, что они будут принимать участие и содействовать процессу на универсальном уровне.

Со строго правовой точки зрения, т.е. точки зрения права договоров, показано, что на основе кристально четкой формулировки статьи 3 (1) Конвенции ООН 1997 года, какие бы сомнения не возникали в отношении концептуальной совместимости двух Конвенций, правило *lex posterior derogat priori* не может применяться, лишая законной силы Конвенцию ЕЭК 1992 года ввиду последующей ратификации, принятия, утверждения или присоединения к Конвенции ООН 1997 года.

Наиболее важно то, что проведенный выше анализ показал, что два рассматриваемых инструмента в своей дополняющей взаимосвязи обеспечивают важный вклад в продолжающийся процесс формирования обычного права в области международного водного права. В тех случаях, когда невозможно подтвердить, что их положения являются доказательством данной консолидированной обычной нормы, их авторитетная функция предоставления руководства в смысле правила *de lege ferenda* является неотъемлемой в создании нового обычного права, усиливая добровольное соблюдение их требований также государствами, которые не являются их сторонами. Было показано, что это обоснование использовалось Международным Судом ООН в отношении Конвенции ООН 1997 года,¹¹⁰ и, что наиболее важно, государствами-членами ЕЭК в отношении Конвенции ЕЭК ООН 1992 года.¹¹¹

Аттила Танзи

Профессор международного права

Юридический факультет - Университет Вероны - Италия

¹¹⁰ См. ссылку на Дело *о проекте Габчиково-Надьмарош*, сноска 103 выше.

¹¹¹ См. текст, сопровождающий сноску 109 выше.

БИБЛИОГРАФИЯ. ИЗБРАННЫЕ ИСТОЧНИКИ.

J. Barberis, *Le Régime Juridique des Eaux Souterraines*, 33 *Annuaire Francais de Droit International* 129 ff. (1987);

B. Bosnjakovic, *UN/EECE Strategies for Protecting the Environment with Respect to International Watercourses: The Helsinki and Espoo Conventions*, in S.M.A. Salman & L. Boisson de Chazournes (eds.), *International Watercourses. Enhancing Cooperation and Managing Conflict*, World Bank Technical Paper No. 4 at 47 ff. (1998);

L. Caflish, *Regulation of the Uses of International Watercourses*, in S.M.A. Salman & L. Boisson de Chazournes cit. 3 ff.;

W. Czaplinsky & G. Danilenko, *Conflicts of Norms in International Law*, 21 *Neth.Yb.Intl' Law* 29 ff. (1990);

C.Th. Eustathiades, *Conventions de Codification Non Ratifiées*, in 1 *Mélanges Wengler* 77 ff. (1973);

E. Gentizon-Gawronski, *Comparaison: Convention stir la Protection et l'Utilisation des Cours d'Eau Transfrontière et des Lacs Internationaux (1992) et Convention stir l'Utilisation des Cours d'Eau Internationaux, Hormis Navigation (1997)*, Internal Paper of the Regional Adviser on Environment Office, UN/Economic Commission for Europe (1998);

M. Landsberg-Uczciwek, M. Adreiaanse, R. Enderlei (Eds.), *Management of Transboundary Waters in Europe* (1998);

S. McCaffrey, *The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: Prospects and Pitfalls*, in S.M.A. Salman & L. Boisson de Chazournes cit. 17 ff.;

S. McCaffrey & M. Sinjela, *The 1997 United Nations Convention on International Watercourses*, 92 *American Journ. Intl' Law*, 98 ff. (1998);

J.B. Mus, *Conflicts between Treaties in International Law*, 45 *Neth. Intl' Law Rev.* 208 (1998);

R. Pisillo Mazzeschi, *The Due Diligence Rule and the Nature of International Responsibility of States*, 35 *German Yb. Intl' Law* 36 ff. (1992);

E. Rocounas, *Engagements Parallèles et Contradictaires*, 206 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 9 (1987-VI);

I. Sinclair, *The Impact of the Unratified Codification Conventions*, in A. Bos & H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willelm Riphagen* 211 (1986);

L.B. Sohn, *Unratified Treaties as a Source of Custornaty International Law*, in id., 231 ff.;

A. Tanzi, *The UN Convention on International Watercourses as a Framework for the Avoidance and Settlement of Waterlaw Disputes*, 11 *Leiden Journ. Intl' Law* 441 ff. (1998).